

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS

Universidad Católica de Santa María

EN EL CINCUENTENARIO DE SU CREACIÓN

E d i t o r i a l A D R U S

Año 6, núm. 5, Noviembre - 2011, Arequipa - Perú

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

JULIO ARMAZA GALDOS
Director

LUIS VARGAS FERNÁNDEZ - JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE
HÉCTOR DELGADO CASTRO - JOSÉ HURTADO POZO
DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
BERND SCHÜNEMANN (Alemania) - EUGENIO RAÚL ZAFFARONI (Argentina)
NILO BATISTA (Brasil) - JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORÁ (Chile)
CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA (España) - JOSÉ CEREZO MIR (España)
ALEJANDRO MARTÍNEZ DHIER (España) - JUAN RAMÓN LACADENA (España)
RICARDO CHUECA RODRÍGUEZ (España)
Comité Consultivo

LUIS VELANDO PUERTAS - LUIS VALENZUELA VALENCIA
MARCO FALCONÍ PICARDO - MAURO PARI TABOADA
FERNANDO BUSTAMANTE ZEGARRA - ANA MARÍA AMADO MENDOZA
Consejo de Redacción

REVISTA DE DERECHO
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARÍA

© Editorial ADRUS
© De los autores

HECHO EL DEPÓSITO LEGAL EN LA
BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ
N° 2009-14421
ISSN: 2077-0723

Editorial ADRUS
San José N° 311, Of. 314.
Teléf. 054-227330
Editorial_Adrus@hotmail.com
www.editorialadrus.com

La Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y
Políticas no se solidariza con la doctrina sustentada en los
artículos que publica.

Corrección del texto: Claudia L. Flores Fuentes.
Asistencia Editorial: Miguel A. Romero Pérez
Composición, diagramación y diseño de carátula: José Carlos Mendoza Valdez
Miguel A. Romero Pérez
María Eugenia Neyra Surco

Tiraje: 500 ejemplares
Impreso y encuadernado por
Editorial ADRUS
Impreso en Arequipa - Perú

**AUTORIDADES DE LA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DE SANTA MARÍA**

DR. ABEL TAPIA FERNÁNDEZ
Rector

DR. MANUEL VÁSQUEZ HUERTA
Vicerrector Académico

DR. GASPAR DEL CARPIO RODRÍGUEZ
Vicerrector Administrativo



DR. ABEL TAPIA FERNÁNDEZ
Rector de la UCSM

SUMARIO

Pág.

Liminares.....	13
----------------	----

1. DOCTRINA

Derecho Constitucional

El Estado Social Re-visitado DOMINGO GARCÍA BELAUNDE.....	17
La Constitución de Cádiz y su Influencia Política y Jurídica en el Constitucionalismo Peruano JOSÉ LUIS CÁCERES ARCE.....	31
Derechos Humanos para Principiantes JUAN CARLOS VALDIVIA CANO.....	65
El Maltrato de los Animales: Apuntes sobre los Presupuestos Ético-jurídicos de su punición EMILIO JOSÉ ARMAZA ARMAZA.....	83

Derecho Penal

La individualización de la pena: contenido, trayectoria histórica y crítica del concepto JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA.....	91
Control difuso y el Nuevo Código Procesal Penal JORGE LUIS SALAS ARENAS.....	105
La privatización penitenciaria en el Perú BERLY CANO SUÁREZ.....	117
La cuantía en el delito de hurto CLAUDIA FLORES FUENTES.....	133

Derecho Civil

Albaceas: el legado ibérico y la tradición nacional CARLOS RAMOS NÚÑEZ.....	139
Indemnización por la causal de separación de hecho: indemnizando con criterio jurisprudencial ANA MARÍA AMADO MENDOZA.....	149
Comentario a la Ley de Seguridad y salud en el trabajo DAVID FERNANDO DONGO ORTEGA.....	155

II. PROYECTOS Y CÓDIGOS: TRAS LAS HUELLAS DE HAMMURABI

Código de Hammurabi.....	163
--------------------------	-----

III. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Iniciación del año lectivo 2011.....	183
Matrícula en la escuela de Derecho.....	183
Docentes del Programa Académico de Derecho.....	183
Personal Administrativo.....	184
Personal Administrativo del Consultorio jurídico.....	184
Conferencias y otras actividades académicas.....	184
Designación de alumnos al Consejo de Facultad.....	186
Cursos.....	186
Publicaciones de nuestros profesores.....	186
Información sobre profesores vinculados a la Facultad.....	187
Sección necrológica.....	188

IV. ALGO MÁS SOBRE NUESTROS PROFESORES

Javier Germán Rodríguez Velarde.....	193
--------------------------------------	-----

V. RECENSIONES

Juan Carlos Nalvarte Lozada, <i>El hombre de Acero</i>	199
Carlos María Romeo Casabona, <i>Enciclopedia de Bio-derecho y Bioética</i>	199
José Hurtado Pozo, <i>La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en Perú</i>	199
Eugenio Raúl Zaffaroni, <i>La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar</i>	200
Luis Alfaro Valverde, <i>La indemnización en la separación de hecho</i>	200

VI. NOTICIAS SOBRE EL FORO Y ALGUNOS OTROS DATOS

El Foro arequipeño.....	203
-------------------------	-----

VII. MISCELÁNEA

Carta cursada por Miguel de Cervantes Saavedra a Felipe II MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA.....	209
De la mano ANDRÉS TRAPIELLO.....	211
La inimputabilidad por enajenación mental en los tiempos del Quijote JULIO ARMAZA GALDOS.....	213

LIMINARES

Durante los casi tres años en la dirección —como Decano— en nuestra querida Facultad, se gestionó la edición de los números 4, 5 y 6 de la Revista. Por razones burocráticas, sin embargo, no alcanzó a ver la luz hasta hoy el núm. 5 que esperamos salga de las prensas en breve.

Contribuyeron en el presente volumen los señores Domingo García Belaunde, Carlos Ramos Núñez, José Luis Guzmán Dalbora y, entre otros, el extraordinario escritor español Andrés Trapiello. A todos ellos, sinceramente, deseamos enviarles nuestro más sincero reconocimiento y afecto.

En poco más de un mes se producirá el cambio de autoridades en la Facultad y quiera el destino que el próximo Decano se esmere por hacer posible la continuidad de nuestra Revista.

Luis Vargas Fernández
Decano

I. DOCTRINA

EL ESTADO SOCIAL RE-VISITADO*

DOMINGO GARCÍA BELAUNDE
Profesor de Derecho Constitucional

1. En los inicios

Durante el siglo XIX se desarrolló una forma de Estado que se presentaba en términos más o menos pacíficos y sin mayores cuestionamientos. Se hablaba o se entendía como algo natural de una realidad como «Estado de Derecho» o «Estado Liberal» o «Estado Liberal de Derecho». De manera algo exagerada se quiso tipificar este modelo con el membrete, bastante gráfico, de «Estado gendarme». Otros lo habían calificado de «guardián nocturno».

En todo caso, lo que subyacía detrás de todas estas conceptualizaciones, es que el Estado tenía necesidad de ciertos límites que no podía sobrepasar. Y esta idea matriz fue la que —a partir de la Revolución Francesa— impulsó un modelo de Estado que se extendió ampliamente en todo el siglo XIX.

Pero con el tiempo el viejo Estado Liberal o Estado de Derecho decimonónico, fue perdiendo paulatinamente su vigor hasta que dejó de tenerlo. Esto ocurrió en una fecha clave: el fin de la Primera Guerra Mundial, conocida entonces como la Gran Guerra y que finaliza en 1918.

La Gran Guerra significó muchas cosas. La primera es que representó el fin de toda una época, dorada para algunos, que quedó consagrada en la literatura del período como la *belle époque*, pues fue seguida por algo totalmente distinto y en cierto sentido negador de lo que la había precedido. Cabe anotar que esta guerra dejó algunos saldos significativos a nivel político-constitucional, que señalamos enunciativamente:

* Ponencia presentada a la mesa redonda sobre «El Estado Social» en la serie sobre «Formación y perspectivas del Estado en México y en América Latina» (El Colegio Nacional, México, D. F., 15-18 de noviembre de 2010).

a) Liquidación de los grandes imperios tradicionales, tales como el Imperio Austro-húngaro, el Imperio Otomano, el Imperio Ruso, y en parte el Imperio alemán.

b) Aparición de nuevos países en cantidad sorprendente, lo que traería diversos problemas en el siglo XX, algunos creados artificialmente, pues no respondían a una realidad histórica y geográfica, como son los casos de Checoslovaquia y de Yugoslavia, que ya no existen, pues se han dividido en varias unidades políticas independientes.

c) Expansión dinámica de una forma de Gobierno que será la República, que al final logrará imponerse en el resto de Europa, con muy pocos supervivientes en la actualidad, pues los reinos que existen (Inglaterra, España, Suecia, etc.) han entregado el poder efectivo al Jefe de Gobierno o Primer Ministro, quedando los reyes o reinas como algo más que figuras decorativas.

d) Difusión del sistema parlamentario de gobierno, que fue y sigue siendo el preferido de las naciones europeas. Con posterioridad, lo único relativamente nuevo que ha surgido a nivel de formas o sistemas de gobierno es el llamado «semi-presidencialismo», que es una variante del parlamentarismo y que funciona prácticamente solo en Francia, aun cuando muchos han querido ver similitudes en otros países o modelos.

e) Afianzamiento del constitucionalismo como forma civilizada de gobernar y de dirigir un pueblo, dentro de una concepción más amplia de gobierno de leyes y no de gobierno de hombres (si bien la realidad política irá a contrapelo de esta aspiración, sobre todo en el período de entreguerras).

f) Aparición de Estados con fines, métodos y estructuración que rompen todos los esquemas existentes, pues dan prevalencia al aparato del partido político, al que supuestamente se le asigna velar por la seguridad y bienestar de sus súbditos. Y que desembocará en dictaduras de larga duración (todo ello precedido por la llamada revolución de octubre de 1917, que llevó a los bolcheviques al poder y de tanta influencia en el mundo durante casi todo el siglo XX).

g) Aparición, tímida al inicio y luego con rápida expansión, de los valores democráticos. Y dentro de estos últimos, los Derechos Humanos cuya constitucionalización se afianza y expande vigorosamente a partir de 1945.

Todos estos hechos explican, y en gran parte justifican lo que vendrá después.

2. Navegando en una nueva dirección

El nuevo estado de cosas apareció, como antes señalé, con motivo de la primera posguerra, esto es, tan pronto finalizó la Gran Guerra o Primera Guerra Mundial. Esto llevó a una nueva realidad, que en parte está signada por el replanteamiento del rol de un tipo de Es-

tado que se había consolidado en el siglo XIX, concomitante con la aparición de nuevos problemas políticos. Y quizá lo determinante: el aumento de la población, el auge de la industrialización, el descubrimiento de nuevos inventos tecnológicos, la frecuencia de los viajes por el acortamiento de las distancias. La elevación del promedio de vida, etc. Todo esto relacionado con la aparición de grandes masas que se hacen presentes en el entorno social y que darán motivo a lo que ORTEGA Y GASSET en 1930 y de manera perspicaz denominó como «la revolución de las masas». Lo que constataba ORTEGA, desde su especial mirador, era que en Europa y en menos de un siglo la población había aumentado varias veces más de lo que había aumentado en todos los siglos anteriores, y en consecuencia las sociedades modernas tendrían que hacer frente a la presencia de una mayor cantidad de personas con sus respectivas exigencias y necesidades. Esto traía nuevos y serios problemas a los gobiernos que tenían que buscar sitio, ocupación y demás coberturas para una gran cantidad de poblaciones que se caracterizaban, entre otros aspectos, por desigualdades reales.

Lo anterior implicaba que el viejo Estado no se podía limitar ahora a una vigilancia de las calles y de las carreteras, a una policía civil, a una seguridad para el exterior, sino también a un mínimo de políticas que cubriesen aspectos básicos como la ocupación laboral, la sanidad —que no costase o que costase muy poco— la educación —por lo menos en sus segmentos iniciales—, y algunas garantías para el paro, cuando esto sucedía. Y la vejez asegurada. Esto fue introduciéndose poco a poco, y su desarrollo fue lento y sujeto a una serie de limitaciones.

Ahora bien, esta preocupación por el «otro», esto es, por las demás personas de nuestro entorno, no estuvo ausente del pensamiento liberal que inspiró las viejas revoluciones del siglo XVIII y algunas de sus constituciones (así la francesa de 1793). Recordemos que la Revolución Francesa no solo apeló a la libertad y la igualdad, sino también a la «fraternidad», como muchos de los discursos de la época lo dejan entrever claramente (entre otros, las intervenciones de ROPESPIERRE, que tan mal final tuvo).

Y en todo el siglo XIX hay algo de esto, si bien en forma por demás mínima. Interesante es la postura de LOUIS BLANC en 1848. Destaca luego el caso de la Alemania de Bismarck (1880) en donde por primera vez un Estado europeo introdujo políticas proteccionistas en favor de la clase trabajadora, si bien se discute cuáles eran las reales intenciones del Canciller de Hierro: si alimentar bien a sus futuras huestes o alejar a las masas de los cantos de sirena del socialismo, entonces en plena expansión.

Estos problemas demoran en llegar a nivel constitucional, y aparecen por vez primera en la Constitución mexicana de 1917, aun vigente con numerosas enmiendas. Y en Europa con la Constitución de Weimar de 1919. Le siguen las constituciones española (1931), ita-

liana (1947) y alemana (1949). En la América Latina esto se refleja en algunas constituciones (la peruana de 1920, la brasileña de 1934, la colombiana y la colombiana de 1936 y la cubana de 1940) pero sobre todo en determinadas políticas (establecimiento de la jornada de las ocho horas, enseñanza primaria obligatoria y gratuita, luego extendida a la superior y universitaria; protección a la madre trabajadora, seguros sociales de desocupación, vejez e invalidez, etc. que dan origen, en el derecho interno, a una nueva disciplina: el «derecho social» (del que Alfredo L. Palacios fue un tenaz abanderado).

El problema da un nuevo giro a raíz de la recesión que atraviesa los Estados Unidos, con motivo del desplome de la bolsa de Nueva York en 1929, y que dará lugar a la política del *new deal*, que implementa el presidente Roosevelt y que tendrá una decisiva influencia en el resto de nuestros países.

Aspecto importante en la segunda posguerra es la pujante presencia de los movimientos comunistas en todos nuestros países y los apoyos, explícitos e implícitos, que les brindaba la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, de relativa corta vida, pues colapsó por implosión en 1991. Y más adelante algunos experimentos curiosos como el yugoslavo autogestionario. Y el chino, radical y heterodoxo.

Podría decirse que este nuevo modelo de Estado proteccionista actúa sin contratiempos, por lo menos teóricos, hasta principios de los años de 1970.

3. El problema del nombre

Desde que el Estado se formaliza en el mundo moderno y más en concreto con las revoluciones de fines del siglo XVIII, se tiende a fijar o a suponer que existe una especie de pacto social entre gobernantes y gobernados, en el cual se consagran los principios fundamentales de la convivencia humana. Influencia decisiva para este modelo fue la Revolución Francesa, pues ella no solo se impuso en ese país sino que se extendió al resto de Europa, precisamente por el avance de las conquistas napoleónicas. Pero no se puede dejar de mencionar los logros alcanzados por la Revolución Norteamericana, que fueron muy conocidos en los años inmediatamente posteriores a ella, pero que no tuvieron, por diversos motivos, la clara influencia francesa, que en todo caso servía de puente para aquélla.

Pues bien, el sujetarse a una Constitución, que a su vez era la clave de bóveda del ordenamiento jurídico, significaba siguiendo el viejo pensamiento aristotélico, un gobierno de leyes y no de hombres, que fue siempre el ideal del pensamiento político clásico. Y de ahí surgió la idea, concretada en VON MOHL, del «Estado de Derecho» que todavía se sigue usando hasta ahora y que como tal es un término cómodo. El problema que presenta es que es una fórmula neutra que a la larga puede ser usada por cualquiera, pues sabemos perfectamente que el Derecho puede encerrar en su seno opciones teóricas e ideológicas contradictorias y no coincidentes entre sí,

por lo que el término, si bien grato, no llegaba a ser del todo satisfactorio.

La doctrina acuñó así para el Estado propio del siglo XIX, el nombre de «Estado Liberal de Derecho» o como quieren algunos el de «Estado liberal-burgués de Derecho» (así, SCHMITT).

Con posterioridad a la Gran Guerra y como quiera que aparecieron otras inquietudes que traerán cambios en la estructura y fines del Estado, se acuña la expresión de «Estado social» (H. HELLER) que en otros será «Estado social de Derecho», para dar a entender que no solo se preocupa por el respeto a un orden determinado, sino por el cometido de lo social, o sea, por garantizar mínimos de ingresos, vivienda, salud y educación, lo cual conlleva al cumplimiento de diversos fines que eran prácticamente ajenos al Estado decimonónico.

No obstante, en algunos textos doctrinarios que surgen a mediados de los años sesenta del siglo pasado, se habla de «Estado social y democrático de Derecho» en donde lo «democrático» da a entender que lo que se pretende son valores democráticos —si bien no se dice que democracia es la que se busca— pero en otros esta frase se entiende como un intento de dar un matiz socializante a la política social del Estado (así, LUCAS VERDÚ). Pero este rótulo, no aceptado pacíficamente y no muy extendido, es sobre todo una formulación escrita que no necesariamente se compadece con la realidad. Lo único real es la exigencia de nuevas prestaciones o nuevas estructuras de apoyo a una gestión social, por lo que se tendría en este extremo un «Estado prestacional» o eventualmente un «Estado socialista» en todas sus modalidades (pues el socialismo, mientras estuvo esa ideología con vigencia política efectiva, se entendía de muchas maneras).

Y cuando estos planteos se consagran a nivel constitucional, entonces se habla de «constitucionalismo social» en contraposición con el «constitucionalismo liberal». Pero esto podía o no existir en la normativa suprema, pues a la larga lo que contaba era la aceptación y puesta en práctica de determinadas políticas públicas que se concretaban en una legislación específica, que no siempre quedaba consagrada en los textos constitucionales.

Finalmente, como dato adicional, hay que tener presente el concepto de *welfare state*, que traducido fielmente puede ser denominado como «Estado de bienestar» y que es la versión sajona del Estado social. Y que tiene un desarrollo posterior, con matices diferenciales, pero no por ello menos interesante.

Problema final consiste en saber qué hacemos con esta variedad de términos, los primeros partiendo del concepto de «Estado social», con todas sus variantes y añadidos como el de «Estado protector o prestacional». Y el segundo centrado en el concepto casi único de «Estado de bienestar». O «Estado providencia» en su versión francesa.

Indudablemente que detrás de todos ellos se encuentra la consi-

deración de que el Estado no solo se preocupa del ámbito externo o de orden público, sino también del componente humano que lo habita, en el sentido de protección y de apoyo en el logro de su realización humana. Pero al interior de ellos se dan muchas diferencias, aun cuando en lo sustancial busquen los mismos o parecidos objetivos. Se trata, de términos que no son idénticos ni expresan o pretenden lo mismo, pero que están unidos por un cierto aire de familia.

No hay que olvidar, finalmente, que tales conceptos admiten una variedad muy grande y al interior de ellos se dan varios grados y modalidades, desde los esfuerzos más conservadores hasta los más audaces e innovadores, dependiendo esto de los sustentos teóricos que los alimentan. Y que han tenido desarrollos distintos a través del tiempo. Pero para efectos prácticos los podemos englobar con el de «Estado social», habida cuenta de los fines que pretende al margen de que ellos estén o no recogidos a nivel constitucional.

4. El Estado social en los documentos internacionales de Derechos Humanos

El Estado social y su complemento que son los derechos sociales, han llegado al constitucionalismo, pero algo tarde y no siempre en forma completa o satisfactoria. Lo hicieron relativamente temprano en algunos textos constitucionales de la primera posguerra, como ya lo hemos señalado (Constitución mexicana de 1917, Constitución soviética de 1918, Constitución alemana de 1919, etc.) pero no se han extendido mucho a ese nivel. Más bien lo que se ha extendido enormemente es, más que los textos constitucionales, las políticas públicas de apoyo social, primero en la Europa de la primera posguerra, luego en los Estados Unidos del *new deal* y por la misma época en diversos países de la América Latina. Y en forma más generalizada a partir de la década del cuarenta (del que hay que mencionar el Informe Beveridge de 1942, que impulsó decisivamente los programas sociales en el Reino Unido).

Pero a nivel de Derechos Humanos en su dimensión internacional, su incorporación ha sido más bien tardía. La Declaración Universal de Derechos Humanos aprobada en París en 1948—cuando no existía el local oficial de las Naciones Unidas en Nueva York— consagra en sus aspectos generales los derechos tradicionales de libertad, que sin lugar a dudas eran los más importantes. Y fue tan solo en 1966 que se sancionan los Pactos de Derechos Humanos, el primero de derechos civiles y políticos y el segundo, con distinta estructura, de los derechos económicos, sociales y culturales. Y solo en 2008 se ha aprobado sin que aun esté en vigor, el Protocolo facultativo de este último.

A nivel interamericano, el llamado Pacto de San José firmado en 1969, solo entra en vigencia en 1978. Un país como México que fue pionero en estos temas, solo ratificó el Pacto en 1982 y solo más tarde lo hizo la Argentina (1984). Chile lo hará recién en 1990. Pero este Pacto, bastante detallado y con la incorporación de la Corte

Interamericana de Derechos Humanos así como de la Comisión —tomada en parte de la experiencia europea— no tenía referencia a los llamados genéricamente como «derechos sociales». Esto solo fue posible mediante el llamado Protocolo de San Salvador de 1988, en el cual se hicieron las adecuadas referencias a este problema.

Cabe con todo advertir que a nivel de la doctrina se ha distinguido entre derechos de primera generación y derechos de segunda generación. Hay autores incluso que hablan de tercera, cuarta y quinta generaciones. La primera sería la clásica, mientras que la segunda, sería la moderna. Y recentísimas las que les siguen. No obstante esto, diferentes pronunciamientos de organismos internacionales han declarado que los derechos son todos iguales, sin importar en que generación se les ubiquen. Y por otro lado, algunos sectores de doctrina han señalado que la diferencia entre generaciones de derechos es artificiosa y que responde a planteos ideológicos que hay que superar.

Pero más allá de estas interesantes disquisiciones, lo cierto del caso es que la división de los Derechos Humanos en generaciones no obedece a un criterio de primacía, sino simplemente a su aparición en el orden del tiempo. Es decir, se trata de un criterio cronológico, que no es bueno ni malo sino simplemente es un hecho incontestable que tiene que ver con el devenir histórico. No es, pues, que se quiera disminuir o quitar fuerza a un planteo o propuesta, sino simplemente señalar que son datos o fechas que existen y que hay que tomarlos en cuenta. Más aun, si consideramos, como generalmente se acepta, que todos los derechos son iguales y que entre ellos no existen diferencias cualitativas. Aún más, la vieja tesis de los «derechos económico-sociales» como derechos meramente programáticos, está prácticamente superada.

Pero hay otra realidad y es la siguiente: el cumplimiento de los derechos de la primera generación es algo relativamente sencillo, porque solo pide la disposición de parte del Estado de dejar hacer, de permitir o de no impedir algo. Y si bien esto parece fácil, ha sido en el fondo una larga conquista histórica y solo plenamente consolidado en las democracias maduras. Pero los derechos de la segunda generación o derechos sociales, implican algo distinto y adicional a lo que son sus propios gastos operativos. Y es que el Estado esté en condiciones de dar determinados bienes y servicios, sea con fondos del mismo Estado o con el concurso de los particulares. Más en concreto, de la economía del sector privado.

Y aquí viene el gran problema, pues los derechos sociales suponen eso generalmente. Así, hay derechos sociales que son «incondicionados» y son fáciles de llevar a cabo, como por ejemplo la huelga, la libre sindicación o las condiciones de trabajo (como puede ser la jornada de las ocho horas). Pero hay derechos sociales que requieren no solo de una regulación legal, que puede sancionarse fácilmente,

sino recursos económicos que los hagan posibles. Son derechos «condicionados». Y esto varía según los Estados.

Los países con un alto índice de bienestar, han tenido relativamente éxito en este objetivo. Es decir, ha sido posible dar salud, educación y trabajo a los sectores menos favorecidos de la población. Y es así cuando existe dinero en las arcas fiscales, porque la economía anda bien y el sector productivo —el privado— rinde impuestos que permiten todo esto.

El asunto se complica en épocas de crisis como las que suceden de vez en cuando. Y esto a su vez tiene varias modalidades: cuál es la sociedad en la que estas demandas existen. Si lo son en las altamente desarrolladas —Europa, Estados Unidos, Australia, Japón, etc.— son fácilmente abordables. Si se dan en países medianamente desarrollados, las dificultades afloran. Y esto sucede en la América Latina: no son lo mismo México o el Brasil que Bolivia y Ecuador. Y aun así, al interior de éstos últimos hay grandes diferencias al interior de sus poblaciones.

Por tanto, por más que los textos nacionales e internacionales proclamen solemnemente este punto y estas exigencias, nada o poco podrán hacer si no existen los fondos necesarios. En efecto, existen derechos sociales que con muy poco esfuerzo se llevan a la práctica. Pero en otros la situación se complica grandemente, como es el caso, por ejemplo, de la vivienda, la salud, la educación o los sistemas de salubridad (agua potable, etc.).

Los derechos necesitan, casi siempre, montos de dinero para sus gastos operativos (cuerpos policiales, maquinaria administrativa, aparato judicial, etc.) pero los de carácter económico social precisan además —si bien no en todos los casos— fondos especialmente dirigidos a brindar las prestaciones que se consideran indispensables. Y éste es el punto en cuestión.

5. Exigencia de derechos: entre política y jurisdicción

Normalmente cuando no se otorgan los derechos libremente, hay varias formas de exigirlos. En este caso, estamos hablando de la exigencia de los derechos sociales frente al Estado, no frente a los particulares —como podrían ser condiciones laborales que hace un sindicato frente a un grupo empresarial fuerte— sino frente al Estado que a la larga, directa o indirectamente, es el que determina su puesta en práctica.

Una primera forma de hacerlo es políticamente. En efecto, existen formas a través de movimientos o de gestiones políticas mediante las cuales se ejerce presión ante el poder para obtener determinados beneficios. En otras palabras, una huelga, un boicot, una paralización de labores o grandes manifestaciones populares pueden obligar a un Estado a otorgar determinadas concesiones o a negociarlas. Si bien en algunas ocasiones, este tipo de presiones pueden resultar contraproducentes, si las exigencias son excesivas (como es

el caso del mayo francés de 1968, en el cual luego del gran remezón ocurrido en París y en algunas ciudades francesas, se volvió casi a lo mismo, si bien hubo un alto nivel de concientización de lo sucedido).

Pero lo normal en las sociedades modernas en donde lo que prima es el Estado de Derecho, es que las cosas se resuelvan jurídicamente. O sea, a través de los órganos judiciales y utilizando las normas procesales, pues ésta es la manera moderna como se resuelven los problemas y las inquietudes.

Ahora bien ¿Cómo se puede exigir jurisdiccionalmente determinados derechos que no dependen de las partes ni de los jueces sino del Estado o de la comunidad en general? Si una persona, por ejemplo, necesita un aparato especial de diálisis y no existe en el medio un número suficiente de aparatos o de manera adecuada [...] ¿Qué debe hacer el juez, atendiendo al hecho de que los servicios de salud no tienen fondos para ofrecer más instrumentos médicos? Si se considera que en este extremo los fondos públicos se concentran en el sector financiero del Estado y que solo se gastan previa programación en el presupuesto [...] ¿Cómo se puede obligar a una entidad pública a comprar un aparato, para lo cual no tiene dinero ni facilidades [...]?. Y aun más, cuando pueda comprarlo, seguramente habrá pasado tanto tiempo que no será de utilidad para quien lo pidió [...] ¿O es que por ventura, puede el Juez embargar fondos públicos y comprar directamente el aparato médico que se requiere?

Y otro caso extremo podría ser el de la vida digna [...] ¿Qué significa este concepto de vida digna? ¿Y para quién [...]? ¿Se podría obtener un criterio objetivo en relación a los sueldos que paga el Estado o las empresas privadas?

En síntesis, y sin ahondar demasiado en el tema, es evidente que la exigencia de derechos sociales a través de órganos judiciales tiene sus limitaciones y no siempre son fáciles de llevar a cabo. Todo lo cual se agrava cuando tenemos Estados que se mueven en sociedades con problemas económicos y de difícil supervivencia.

Cómo colofón de esto bien vale la pena tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tan rica y pródiga en sus resoluciones, prácticamente evade pronunciarse sobre derechos sociales. Y cuando lo hace, es en casos especialísimos como el de los Cinco Pensionistas contra el Estado peruano, que lograron un reconocimiento en la nivelación de sus pensiones que venía de la legislación anterior, y en donde el obligado era el Estado. Pero aun así tuvieron serios problemas para cobrar lo que habían ganado en la sentencia. Y en otros casos, ni siquiera pudieron hacerlo efectivo.

6. La crisis del Estado social

El problema del Estado social se complicó con el crecimiento desmesurado de la población en los Estados modernos. Y más aun con los avances médicos y tecnológicos que vinieron después de la segun-

da postguerra y alargaron notoriamente el promedio de vida. A lo que se añade un fenómeno que acompaña a los derechos sociales: y es que tienden a crecer en forma casi incontrolada y a cubrir cada vez más beneficios en una carrera ascendente que no se detiene y lo cual lleva a una espiral de gastos y de exigencias. De esta suerte, si por ejemplo se atiende muy bien a un número X de personas al año en un determinado nosocomio, se podría igualmente atender el doble de personas si aumenta la demanda, pero ya no sería una atención rápida, eficiente y sobre todo certera. Con lo cual se produce el deterioro de los servicios. Esto sucede cuando entramos en lo que los sociólogos llamaron «la revolución de las expectativas» lo que hizo que crecieran los servicios sociales en las democracias contemporáneas y también en las dictaduras. El problema no se planteó o por lo menos no lo fue en forma franca en las llamadas democracias populares, porque en ellas se vendió la idea de que ya se tenían esos derechos sociales o estaban en trance de tenerlos. Pero se ocultaba el hecho de que en la realidad se tenía muy poco de lo que se ofrecía, y además, los derechos clásicos o más antiguos se hallaban ausentes, con lo cual algunos derechos sociales no podían hacerse realidad o simplemente se gozaban únicamente en teoría. O aun peor: no existían. Y al final, lo que desea el ser humano es el goce de derechos, pero de manera no recortada sino integral.

Lo anterior se agudiza por un problema presupuestal que se hace sentir en todos los Estados, pues llega un momento en que el presupuesto no da para más. En efecto, si el dinero necesario para esos logros sociales viene del Estado o de los particulares o de ambos, llega un momento en que lo existente no alcanza para cubrir todas las necesidades y empieza a escasear. Y al suceder esto, los servicios se deterioran o dejan de prestarse.

Este problema que se ve en los países occidentales, se presenta paulatinamente en aquellos que fueron el motor de los cambios, pero que empiezan a agotarse.

Así, ya a mediados de los años setenta del siglo XX, empieza un deterioro del Estado social fruto de la crisis energética de esos años (1973) que dio por finalizada la época keynesiana. Y por otro, la crisis interna que empiezan a atravesar las democracias marxistas. Al margen de esto, debemos señalar que por la misma época se empezó a abrir paso sobre todo en los Estados Unidos (Reagan) e Inglaterra (Tatcher) políticas liberales, que muy pronto extendieron su influencia a los demás países. Y tales políticas consideraban que el Estado se estaba comportando como un intruso y que hacía cosas que no debería hacer, en desmedro de la actividad privada y de la libre iniciativa. Ambos aspectos, económicos y nuevos enfoques políticos, terminarán arrastrando el Estado social a su crisis.

Y así tenemos:

a) Cuestionamiento del Estado social, por lo menos en sus premisas básicas,

b) Auge o retorno de un nuevo liberalismo económico, que arrastra las más diversas consecuencias,

c) Inicio de un proceso de internacionalización de las nuevas ideas,

d) Crisis en los países comunistas, que se manifiesta en la caída del muro de Berlín en 1989, el colapso de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas en 1991 y su reemplazo por la Federación Rusa.

e) Crisis, independencia y cambios en las antiguas democracias populares, con la consecuente desaparición o transformación de algunos Estados.

f) Mantenimiento del sistema político comunista y apertura a los mercados mundiales del capital (China) seguido a la distancia y con matices propios por el especial caso de Cuba.

Todo lo cual queda reforzado con el fenómeno de la globalización, ampliamente estudiado, y que siendo un proceso meramente económico, acaba llevando consigo ideas políticas acorde con ellas.

7. La soberanía en jaque

El «mundo feliz» acabó en 1918. Luego de la segunda posguerra apareció el mundo bipolar: por un lado la Unión Soviética y por otro los Estados Unidos. Europa perdió su importancia política y más bien los nuevos países, que no querían estar en un lado ni en otro, optaron más tarde por una tercera vía que llamaron «no alienados», de tanto predicamento a partir de los años setenta del último siglo.

Con posterioridad y desaparecido el mundo bipolar, surgieron otras economías: por un lado los Estados Unidos, por otro la Unión Europea y finalmente las economías pujantes que viven al margen de ellas o con una relativa independencia: Japón, Australia, China, etc. Surgen asimismo otros bloques u otras civilizaciones, que traen otras inquietudes antes desconocidas o poco influyentes: aspectos religiosos, aspectos nacionalistas, etc.

El auge del liberalismo en sus nuevas versiones, por un lado, y por otro los conglomerados económicos (bloques regionales) hacen que el tránsito de bienes y servicios sea más fluido. Las economías se mueven rápidamente. Los capitales y las decisiones en torno a ellos vienen de lejos y los acuerdos regionales o supranacionales, tienden a englobar a varios países de manera tal que las decisiones se toman más por bloques que por países. Encima de estos últimos una tupida red de tratados de cooperación y comercio internacional establecen lazos que crean obligaciones para los Estados y los particulares. Y de esta manera el concepto clásico de soberanía, en el sentido de BODINO, se va dejando de lado. Los Estados no son reemplazados, pero cada vez son menos dueños de sus propias decisiones. Por un lado han crecido y se han modernizado, pero por otro

están cada vez más limitados al orden de la calle, a los problemas cotidianos, al día a día de sus conciudadanos. Y a ciertas decisiones económicas generalmente de corto alcance.

Son procesos que se van imponiendo como consecuencia de los tiempos, pero también aceptados libremente por los Estados para poder vivir en un mundo cada vez más veloz, más cambiante y más competitivo.

8. Perspectivas: Un Estado post-social o globalizado

Lo sucedido en estos últimos años ha llevado a diversas reflexiones y replanteos, vinculados con los derechos sociales (en sentido amplio) y el Estado social, así como su vigencia hoy en día.

Es evidente que se ha llegado a la conclusión de que los derechos sociales, o mejor dicho, los niveles mínimos de vida digna y saludable, son los que hacen posibles el ejercicio de los derechos clásicos, es decir, los derechos civiles y políticos. Aparecidos con posterioridad a los derechos clásicos del liberalismo, se han convertido, curiosamente, en el supuesto para su funcionamiento. Y para que una democracia funcione. Se habla, por eso, de democracia social como complemento de la democracia política. Pero esto es sobre todo una concesión a la galería, pues la democracia siempre es política. Pero es indiscutible que opera sobre ciertas bases económicas y sociales que permiten su realización.

Y en el plano jurídico se ha llegado al acuerdo de que los Derechos Humanos son todos iguales, es decir, tienen igual grado de vigencia y plena validez jurídica, por lo que no cabe imaginar derechos que son menos que los otros. Pero por otro lado se acepta, pues este es un dato innegable, que a nivel judicial no todos tienen la misma operatividad, por factores que a veces no pueden ser removidos. Así, el Estado perfectamente puede fijar condiciones de trabajo o establecer seguros de paro, pero poco puede hacer para brindar un óptimo sistema de salud o viviendas para todos.

Por otro lado, los derechos sociales desde que hicieron su aparición a principios del siglo XX, tuvieron un avance incontenible e incontestado, hasta que empezó su cuestionamiento a mediados de los años setenta del siglo pasado. Y esto ha ocasionado, como es evidente, algunos retrocesos en esta materia.

Contra los síntomas de esta crisis se han alzado diversas voces, que bien podríamos ubicarlas en tres direcciones: aquellos que, como HAYECK seguido por FRIEDMAN, postulan por su total eliminación. Otros, por el contrario que sostienen que hay que seguir adelante en este empeño y por tanto toca al Estado y a los particulares continuar en la brega para mantener estos mismos niveles a toda costa y hasta las últimas consecuencias. Finalmente, una posición intermedia, más realista, ha optado por soluciones pragmáticas.

De esta manera, si bien el Estado social se resiste a morir e inclu-

so a ser desplazado, no puede actuar igual que antes. Y frente a esto hay diversas opciones que han adoptado los Estados:

a) La primera es dejar de lado ciertas prestaciones, y entregarlas al libre mercado, y por tanto,

b) Limitarse a determinadas y urgentes políticas sociales, de manera puntual,

c) Entregar al sector privado la concesión de determinados servicios (como pueden ser la salud y las pensiones) y,

d) Armar un nuevo modelo de Estado «regulador» que reemplaza o relega en parte el modelo «intervencionista».

El Estado social, si sigue como hasta ahora lo ha hecho, no ha muerto, sino que ha entrado en un proceso de reconversión que durará un buen tiempo. Estamos pues ante un Estado post-social, o un Estado social disminuido o un Estado social en la era de la globalización. Que tendrá que cambiar y adaptarse a los tiempos si quiere subsistir.

LA CONSTITUCIÓN DE CÁDIZ Y SU INFLUENCIA POLÍTICA Y JURÍDICA EN EL CONSTITUCIONALISMO PERUANO

JORGE LUIS CÁCERES ARCE

1. Preliminar

Es indudable que la Carta de Cádiz, fue el texto que instauró la Monarquía Constitucional en España y que es la primera carta constituyente de la República Ibérica.

Como lo destaca el profesor ALBERTO RAMOS SANTANA, «La Constitución española de 1812, proclamada en Cádiz el 19 de marzo, influyó de manera destacada en el desarrollo de la contemporaneidad en Europa y en América, ya que la norma gaditana se convirtió en el modelo y en el estandarte de las reivindicaciones de libertad de muchos pueblos del viejo y del nuevo continente»¹.

La Carta de Cádiz se gestó de un movimiento político liberal y ejerció una influencia inigualable en los nacientes procesos constitucionales del nuevo mundo. Los más de trescientos constituyentes (303) hace casi 200 años (19 de marzo 2012-Bicentenario) soñaron y arriaron las banderas para que los territorios ultramarinos adquieran una cierta autonomía gubernamental.

El texto gaditano marcó el preludio del principio gubernamental del Estado Democrático de Derecho, en el que en la actualidad se cimienta el proyecto político y constitucional europeo.

Los diputados constituyentes y entre ellos los peruanos Vicente Morales Duárez y Mariano de Rivero (él primero presidió las Cortes de 1812), apostaron por los principios de la libertad, de la igualdad, de la ciudadanía, de la justicia social, de la separación de poderes; que con su aplicación plural y tolerante marcaron el sendero y el surco del avance definitivo de los procesos independentistas en América Latina. No olvidemos que en México, en 1814, se proclamó

¹ Universidad de Cádiz, *La Constitución de Cádiz y su huella en América*, Editorial Jiménez Mena, Cádiz, 2011, p. 11.

la primera carta gubernamental mexicana, copia directa de Cádiz. En el Virreinato del Perú, el Virrey Abascal hizo jurar la Constitución de Cádiz en octubre de 1812.

En el Río de la Plata (Argentina, Paraguay y Alto Perú) no se proclamó, empero influyó en todos los textos constitucionales, hasta el documento final de 1819. El Uruguay, jura respetar y defender a la Constitución Portuguesa de 1822, esta carta era una réplica de la de Cádiz.

Para el maestro del Derecho Constitucional peruano DOMINGO GARCÍA BELAÚNDE «la Carta de Cádiz, o como también se le llama «la Pepe» o la «Carta Gaditana» (por su nombre latino) no solo tiene una significación jurídica [...] sino una innegable proyección política»².

La Carta de Cádiz como lo enuncia el jurista GARCÍA BELAÚNDE «debe ser considerada como parte de nuestro pasado constitucional y decididamente de nuestra historia, y es dable por eso rescatarla»³.

El texto gaditano se constituyó en el instrumento jurídico y político que influyó en la emancipación de la nación peruana. La primera Constitución de la República naciente, la otorgada por José de Torre Tagle, es decir la Constitución liberal de 1823, recogió a las Instituciones democráticas y a los principios enarbolados y reconocidos en la Constitución de 1812, que aparecen descritos en el presente trabajo académico.

La República española ha contado con siete cartas políticas, marcadas históricamente desde la gaditana promulgada por el Rey Fernando VII, quien la suscribió, empero luego la incumplió, quebrando el intento de crear una comunidad hispánica de naciones y quien apostó por el retorno al absolutismo (1814).

Posterior a Cádiz, se dictó la Constitución Política de la Monarquía Española de junio de 1837. Luego la Ley fundamental también de contenido monárquico del 23 de mayo de 1845.

Como bien lo desarrolla la profesora RAQUEL RICO LINAJE, la cuarta Norma Suprema española fue la del 1 de junio de 1869. Posterior a ella España contó con el Código Político del 30 de junio de 1876. Todas sin excepción incluyeron a las añejas instituciones (Corona, Cortes, Poder Judicial, Consejo de Estado entre otras) y a los principios de rasgo plural, a diferencia de la ratificación del Estado confesional, sujeto y sumiso a la Iglesia Católica.

Las Constituciones del siglo vencido que rigieron a la nación hispánica, han sido la republicana del 9 de diciembre de 1931, eminente-

² En cuanto la Carta de Cádiz, en JORGE LUIS CÁCERES ARCE, *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*, Adrus, Arequipa, 2007, p. 18.

³ JORGE LUIS CÁCERES ARCE, *La Constitución de Cádiz y el Constitucionalismo Peruano*, ob. cit., p. 18.

temente de corte conservador y dictada en el Palacio de las Cortes Constitucionales y suscrita por Julián Besteiro.

Con la presencia autoritaria del General Francisco Franco, se suspende la vigencia del texto de 1931, y la gestión *de facto* dictó a decir de JULIO MONTERO, siete leyes llamadas fundamentales del franquismo, a partir del 17 de mayo de 1958, hasta octubre de 1945, que se aplicaron a espaldas del constitucionalismo español, hasta finales de la década del setenta, con la caída del régimen que mutiló a las Instituciones Democráticas y por ende a los Derechos Fundamentales.

La vigente Constitución Política española data de 1978 y juraron respetarla desde el jefe de gobierno Adolfo Suárez, Felipe Gonzáles, José María Aznar y el actual titular del régimen parlamentario José Luis Rodríguez Zapatero.

Podemos afirmar que todos los textos del siglo XIX, a excepción de la de 1869 y la de 1931, constituyeron un intento por desnaturalizar la noción de soberanía popular. Es innegable que el liberalismo doctrinario, predominante en la historia constitucional española del siglo XIX, cauteló en forma constante por la soberanía dual o compartida, y con una presencia activa del monarca.

La Carta del 78, es producto del acuerdo y el consenso entre las fuerzas políticas (Partido Socialista PSOE y el Partido Popular PP) y en ella se consolidó el proyecto democrático y universalista que nació con la Constitución monárquica de 1812 y que inauguró en España un Estado Democrático de Derecho.

La Carta de Cádiz ha influido históricamente en el constitucionalismo peruano, desde el Primer Congreso Constituyente instalado el 20 de septiembre de 1822, presidido por el clérigo y jurista arequipeño Francisco Javier de Luna Pizarro, y ha estado y está presente en las doce cartas del Estado Peruano.

Los Constituyentes de 1812 se identificaron plenamente con la democracia y con los principios de la libertad de imprenta, del ejercicio de ciudadanía y el de la separación de poderes y apostaron por la descentralización a través del poder municipal (Cabildos-Ayuntamientos).

La mejor expresión de los diputados liberales de ambos hemisferios, está sellada en el Palacio de las Cortes llamado oratorio de San Felipe Neri ubicado en la Isla Fenicia de Cádiz y en cuya placa reza «Gracias a la Constitución Española de 1812, España inició un camino nuevo en el devenir de la historia, con el que aprendimos a opinar, a dialogar, a convencer y a convivir, respetando las libertades y los valores democráticos en un Estado de Derecho. El ateneo literario, artístico y científico de Cádiz, ofrece este homenaje con profundo respeto y admiración a la Constitución de Cádiz y a los diputados de la Nación Española que la juraron. Cádiz 19 de marzo

del 2008»⁴.

Sin duda, la ley histórica de Cádiz, es un documento hispano, de trascendencia imborrable para el constitucionalismo latinoamericano. Los invito a la lectura de la Investigación de rasgo jurídico, histórico y político.

2. Principio de ciudadanía

Este principio tutelar relacionado al ejercicio de derechos fundamentales, estuvo presente en la primera Constitución Política del Perú (1823)⁵, a través de su artículo 10, el mismo que señalaba que eran peruanos todos los hombres libres, nacidos en el territorio del Perú, haciendo alusión a la especie humana que comprende el género varón y mujer, empero bajo la condición de ser libre.

Esta misma carta estableció que nadie en el Perú nacía esclavo y precisó que quedaba abolido el comercio de los negros y el que ejerciera este tráfico de humanos perdía los derechos de naturaleza, como así lo normó el artículo 12 de la carta en mención. La Constitución otorgada por José de Torre Tagle, en su artículo 17 estableció las condiciones para ser ciudadano, una de ellas era que aparte de ser peruano debía tenerse 25 años o ser casado, ser letrado, es decir, saber leer y escribir, pero esta exigencia solo fue hasta 1840, tener propiedades o ejercer cualquier profesión u arte con título público.

En interpretación literal y extensiva de las condiciones para ser ciudadano habían requisitos que fluyen de la naturaleza como de ser peruano de nacimiento y tener 25 años, pero habían otros requisitos de orden civil, cultural y patrimonial.

El artículo 18 señalaba que es también ciudadano el extranjero que tuviera carta de ciudadanía, como los extranjeros casados con peruano que tengan 10 años de vecindad en cualquier lugar de la República (artículo 20).

La carta de 1823 establecía una condición discriminatoria en el sentido que la ciudadanía abría las puertas a los empleos, cargos o destinos de la República y permitía ejercer derechos políticos. Consideramos que este artículo 22 atentaba al principio de igualdad ante la ley.

El artículo 22 mencionado a nuestro entender entra en colisión con el artículo siguiente el 23, que estableció que todos los ciudadanos son iguales ante la ley en el sentido de que había la igualdad entre pares, es decir, entre ciudadanos peruanos pero no había igualdad entre ciudadanos peruanos.

⁴ ANTONIO RAMOS ARGUELLES, *Agustín Arguelles. Padre del Constitucionalismo Español*, Atlas, Madrid, 1990.

⁵ Para efectos del presente capítulo se ha utilizado y analizado todos los textos constitucionales que a tenido el Perú, ellos contenidos en el último libro editado por el maestro DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *Las Constituciones del Perú*, tomo II, Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres, Lima, 2006, p. 125.

Por último, el artículo 24 precisaba, cuándo se suspendía la ciudadanía y reiteraba lo establecido en la Constitución de Cádiz, en el sentido que por la condición de ser sirviente, doméstico o por no tener empleo u oficio conocido se suspendía la ciudadanía, y se perdía el derecho a la ciudadanía peruana por dos razones una de orden natural y otra de orden legal, por naturalizarse en tierra de gobierno extranjero o por imponerse una pena aflictiva o infamante.

La segunda Constitución de la República peruana fue la denominada Constitución Vitalicia de Bolívar de 1826⁶, la que establecía las mismas condiciones para adquirir la ciudadanía que la anterior Constitución empero se incluía como peruanos (artículo 11, inc. 3), «los libertadores de la república declarados tales, por la ley del 12 de febrero de 1825»⁷. Las causales de suspensión ya no eran las mismas, sino podemos señalar por demencia, notablemente ebrio o mendigo y precisa que también se suspendía la ciudadanía por cometer delito electoral, por comprar o vender sufragios en las elecciones, o turbar el orden de ellas (artículo 18) mientras que las causales de pérdida de la ciudadanía eran las mismas a las normada en la Carta de 1823.

La Carta Vitalicia de Bolívar reiteró la discriminación para acceder a empleos públicos, de tener la condición de ser ciudadano peruano.

La Constitución madre de 1828⁸, dada por José de la Mar, estableció en su artículo 4 quiénes eran ciudadanos de la nación peruana y cuándo se perdía (artículo 5), cuando se suspendía la ciudadanía (artículo 6).

Las condiciones para ser ciudadano peruano son las mismas condiciones establecidas en las constituciones analizadas, en relación a la pérdida de ciudadanía, ésta se producía por el tráfico exterior de esclavos y por los votos solemnes de religión, mientras que la suspensión se reiteraba a las antes ya indicadas, y la ciudadanía se adquiría a los 21 años.

La Constitución de 1834⁹, dada por Luis José de Orbegoso estableció en su artículo 3, quiénes eran ciudadanos peruanos, cuándo se suspendía y cuándo se perdía la condición de ciudadano (artículos 4 y 5).

Estas tres características se reiteraron conforme lo normado en la Constitución de 1828 y tomando en cuenta los aportes de la Constitución de Cádiz de 1812.

⁶ Constitución de 1826, en DOMINGO GARCÍA BELAUNDE, *Las Constituciones del Perú*, tomo I, Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres, Lima, 2006, p. 163.

⁷ Ídem.

⁸ Constitución de 1828, ob. cit., p. 199.

⁹ Constitución de 1834, ob. cit., p. 237.

La Constitución de 1839¹⁰, de Huancayo, promovida por Agustín Gamarra, reservó los artículos 4, 5 y 6 a la condición de peruanos y los artículos 7 al 11 como se adquiría la ciudadanía, como se perdía y suspendía la misma.

En relación a los requisitos para ser peruano, hacía mención a los peruanos de nacimiento y por naturalización, los primeros nacidos en el país o los nacidos en el extranjero pero de padres peruanos que estén al servicio de la Nación o que hayan nacido en el extranjero pero que se hayan inscrito en el Registro Cívico de la capital de la República (artículo 5).

Eran peruanos por naturalización, los extranjeros que hayan servido fielmente al ejército peruano (artículo 6).

La ciudadanía se adquiría a los 25 años, y debían ser letrados, como ya lo han mencionado las anteriores constituciones (artículo 8). La suspensión y la pérdida de la ciudadanía peruana eran similares a lo dispuesto en las anteriores constituciones.

Posteriormente vino la Constitución de 1856¹¹, promulgada por el Mariscal Ramón Castilla, que reservó los artículos del 32 al 35 en lo referente a las condiciones para ser peruano y para ser ciudadano (del artículo 36 al 40). En esta carta se vuelve a señalar que hay dos condiciones de peruanos, por nacimiento y por naturalización con planteamientos iguales a las anteriores constituciones. En lo que se refiere a la ciudadanía, ésta se adquiría a los 21 años (artículo 36) y quienes ejercían la condición de ciudadanos deberían de tener un *status* cultural, es decir saber leer y escribir, los analfabetos no podían ejercer el voto o sufragio. Las condiciones para la pérdida o suspensión de la ciudadanía eran similares, a excepción de la establecida en el artículo 40, inc. 4 que normaba «se pierde la ciudadanía por recibir cualquier título de nobleza o condecoración monárquica»¹².

Procedemos a analizar la segunda Constitución dada por Ramón Castilla, la de 1860¹³, que reformó a la Carta de 1856, y que ha sido la que ha tenido mayor vigencia en el tiempo hasta 1920, salvo la interrupción temporal de la Constitución de 1867.

En relación a la ciudadanía, eran considerados peruanos, vuelve a reiterar que hay peruano por nacimiento y por nacionalización (artículos 34 y 35), y que la ciudadanía se adquiría, a los 21 años, y que ello le permitió el pleno ejercicio de sus derechos políticos sociales y culturales.

Las causales de suspensión y pérdida de ciudadanía estaban normadas en los artículos 40 y 41 de la Constitución en mención, cu-

¹⁰ Constitución de 1839, ob. cit., p. 305.

¹¹ Constitución de 1856, ob. cit., p. 349.

¹² Constitución de 1856, ob. cit., p. 354.

¹³ Constitución de 1860, ob. cit., tomo II, p. 9.

yas condiciones y requisitos eran similares a la Carta de 1856. Comentamos lo señalado en el artículo 41, inc. 5, en el sentido que se perdía la ciudadanía por la profesión monástica, pudiendo volver a adquirirse mediante la «exclaustración» es decir que perdían la nacionalidad las clérigas de clausura.

Luego contamos con la Constitución dada por Mariano Ignacio Prado, dada en 1867¹⁴, que tuvo una efímera vigencia de 4 meses y 8 días, que rigió desde el 29 de agosto de 1867 al 6 de enero de 1868, posterior a ésta se restituyó la vigencia de la Constitución de 1860 por el General Pedro Diez Canseco, vicepresidente de la República, encargado del Poder Ejecutivo después de la abdicación del poder del Coronel Mariano Ignacio Prado¹⁵. Este texto no merece mayor comentario, que reservó del artículo 32 al 37, las condiciones para ser peruano y del artículo 38 al 42 los requisitos para adquirir la ciudadanía, para suspenderla y perderla, con condiciones similares al texto de 1860.

La Constitución de 1920¹⁶, fue la primera Constitución del siglo XX, promulgada por Augusto Bernardino Leguía y Salcedo, tuvo como presidente de la Asamblea Constituyente a Mariano H. Cornejo, denominada Constitución de la Patria Nueva. En los artículos 59 al 61, establecía los requisitos de la nacionalidad, sea por nacimiento o naturalización.

La ciudadanía y el ejercicio de derechos y garantías electorales, estaban expresamente normadas del artículo 62 al 67 de la Constitución dada por Leguía; se adquiría la ciudadanía a los 21 años, se suspendía según las causales señaladas en el artículo 63, entre las que destacan por incapacidad y por sentencia judicial, que limita la libertad individual, mientras se perdía la ciudadanía, por naturalizarse en otro país, según lo dispuesto por el artículo 64 de la mencionada carta, y solo podían ejercer los derechos electorales los letrados y no los analfabetos (artículo 66).

La Constitución de 1933¹⁷, otorgada por el General Luis Sánchez Cerro, quien derrocó a Leguía, señalaba que la nacionalidad se adquiría por nacimiento y por nacionalización, y se perdía según el artículo 7, por servir a ejército extranjero sin permiso del Congreso, o aceptar empleo de otro Estado, creyendo que ello era un exceso de la carta política, ya que limitaba la posibilidad de emigrar y laborar fuera del territorio nacional en instituciones públicas y privadas.

La ciudadanía se ejercía desde los 18 años, se permitió el voto a los extranjeros para las elecciones municipales, las mujeres pudieron emitir su voto en las elecciones generales a partir de 1956.

¹⁴ Constitución de 1867, ob. cit., tomo II, p. 41.

¹⁵ Constitución de 1867, ob. cit., tomo II, p. 41.

¹⁶ Constitución de 1920, ob. cit., tomo II, p. 85.

¹⁷ Constitución de 1933, ob. cit., tomo II, p. 121.

La Carta Política de 1979¹⁸, cuya Asamblea Constituyente fue presidida por Víctor Raúl Haya de la Torre, y que fuese promulgada por el presidente Fernando Belaunde Terry, ha sido la heredera del denominado constitucionalismo social, introducido en América, a través de la Constitución mexicana de Querétaro de 1917, aún vigente y recogió los alcances y virtudes positivas de la Constitución de Weimar de 1919, que se constituyó en un hito fundamental en la historia del constitucionalismo Europeo. Estas dos constituciones tanto la mexicana como la alemana, se anticiparon al constitucionalismo del siglo XX e introdujeron principios vigentes del Estado social, y aparecen derechos sociales como del trabajo, la salud y la educación; y reconoció el uso de la propiedad privada en armonía con el interés social.

Esta carta recogió estos rasgos, del denominado constitucionalismo social y en lo que se refiere a la nacionalidad y ciudadanía, ésta estuvo expresamente normada en el artículo 89 al artículo 96, y vuelve a reiterarse que son peruanos los nacidos en el territorio y los naturalizados, el extranjero que adquiere la mayoría de edad podía contar con la nacionalidad peruana, la ciudadanía se adquiere a los dieciocho años, no pudiendo ejercer el derecho al sufragio los analfabetos, quienes a partir de 1985, lo hicieron mediante Ley núm. 23903, promulgada en 1984. Esta carta de corte social, estableció las causales de suspensión de la ciudadanía conforme al artículo 66, no precisando causales de pérdida de ciudadanía.

La vigente carta política de 1993¹⁹, promulgada por Alberto Fujimori, establece en su artículo 52, que hay peruanos de nacimiento y por naturalización y que todos ellos deben estar inscritos en el registro correspondiente, precisándose en el artículo 53, segundo párrafo, por renuncia expresa ante autoridad peruana y la ciudadanía se adquiere a los 18 años con el pleno ejercicio del los derechos políticos, económicos, sociales, culturales, categorizados en los Derechos Fundamentales divididos en cuatro niveles de orden universal.

Estos derechos también estuvieron presentes y se ejercieron libremente, bajo la vigencia de la Constitución de 1979, salvo en el período comprendido del 5 de abril de 1993 al 31 de diciembre del mismo año, durante el gobierno de facto del ingeniero A. Fujimori. No pudiendo dejar de registrar que se han cometido actos violatorios a los Derechos Fundamentales, como torturas y desapariciones de peruanos durante la década de 1990 al 2000, en que gobernó el ex presidente, hoy sentenciado y encarcelado por decisión de la justicia peruana.

3. Principio de igualdad

La Constitución de 1823, en su artículo 8 reitera lo establecido en la Constitución de Cádiz, sobre la religión, en el sentido que la cató-

¹⁸ Constitución de 1979, ob. cit., tomo II, p. 189.

¹⁹ Constitución de 1993, ob. cit., tomo II, p. 301.

lica, apostólica y romana, es y era la religión y culto oficial de la República, con exclusión del ejercicio de cualquier otra, ello generó definitivamente discriminación por cuestión de credo, y conlleva a la desigualdad ante la ley.

El artículo 23 hace referencia a que todos los ciudadanos peruanos son iguales ante la ley. La Constitución señalada permitía el acceso de los ciudadanos peruanos para el trabajo y que podían participar eligiendo y siendo elegidos como representantes ante el Congreso o ante el Poder Ejecutivo, o en su defecto podían ejercer los cargos edilicios en las municipalidades.

La Constitución de 1826, en su artículo 6 estableció que la religión oficial era la mencionada anteriormente, pero no precisaba que sea la única y exclusiva ni excluye el ejercicio de otra. El artículo 17 hacía referencia a que sólo podían acceder a tener empleos y cargos públicos, los ciudadanos en ejercicio y por ende peruanos, no permitiendo a los que no tengan dicha condición a ejercerlos, generándose desigualdad.

La Constitución de 1828, estableció reiterar lo señalado en la Constitución de 1823, en relación a la religión oficial del Estado, establecía que no se permitirá el ejercicio de otra religión, generando con ello desigualdad en el libre culto. Se hizo alusión también a que todos los peruanos son iguales ante la ley y que podían ejercer sus derechos políticos, sociales y económicos dentro del marco constitucional establecido.

La Constitución de 1834, en su artículo segundo ratificó la exclusividad del culto y reiteró lo vinculado al principio de igualdad ante la ley, normado en la carta que la antecedió.

La Carta de Huancayo de 1839, vuelve a hacer alusión a que la religión y culto del estado peruano es la católica, apostólica y romana, en su artículo 3. A su vez normó en relación al principio de igualdad, lo establecido en la Constitución madre de 1828.

La Constitución de 1856, en su artículo 4 reiteró lo normado en las anteriores cartas a excepción de lo señalado en la Constitución de 1826, recogió la propuesta monárquica de la ley de Cádiz, en relación a la religión católica, en el sentido de su exclusividad de culto. En lo vinculado al principio universal de igualdad se ratifica por lo normado en la Constitución dada por José de la Mar en 1828.

La Constitución de 1860, que tuvo vigencia de 59 años y 8 meses aproximadamente, en lo vinculado al ejercicio de la religión católica, estableció en forma literal en su artículo 4, que el Estado la protege, y no permite el ejercicio público de otro culto. Este artículo fue modificado mediante la Ley 2193 del 11 de noviembre de 1915, que literalmente dijo «la nación profesa la religión católica, apostólica y romana y el Estado la protege»²⁰. Aquí se hace alusión que tanto el Es-

²⁰ Constitución de 1860, ob. cit., tomo II, p. 15.

tado como persona jurídica y la Nación como elemento de identidad, están en la obligación moral de custodiar a la religión oficial del Estado peruano desde la época virreinal, empero mediante esta modificatoria del artículo 4, ya no otorga la exclusividad del culto de la religión católica dentro del territorio nacional. En lo que se refiere al ejercicio de Derechos Fundamentales, éstos se practicaron para todos los ciudadanos peruanos sin distingo alguno.

La efímera Constitución de 1867, en su artículo 3 repite lo normado por la segunda Constitución de Castilla de 1860 en lo vinculado a la religión católica y al ejercicio del principio de igualdad ante la ley.

La Constitución de 1920, dada por Leguía, que le permitió gobernar 11 años (1919-1930), recoge lo planteado en el artículo 6 de la Constitución de 1826, más conocida como la vitalicia de Bolívar en el sentido, que la Nación profesa la religión católica, apostólica y romana, y que el Estado la protege, pero ya no hace mención a la exclusividad de la misma, como aparece también en la Constitución de 1860, modificada por ley ya mencionada de 1915.

En lo relacionado al principio de igualdad, éste se ejerció de la mano con las garantías individuales, sociales y electorales, empero en el período que gobernó Leguía, con restricciones de las mismas, salvo en el período de gobierno del General Sánchez Cerro.

La Constitución de 1933, cuyo Congreso Constituyente fue presidido por el arequipeño Clemente Revilla, hizo referencia a la religión considerando el sentimiento de la mayoría de los peruanos, precisando que el Estado protegía a la religión católica y hace alusión que a su vez se permite la libertad de otros cultos, así lo normó el artículo 232.

Esta Constitución en su artículo 234 determinó las reglas de las buenas relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica, y las mismas se regían por un concordato, aprobado por el Congreso.

La novedad de esta Constitución en el tema religioso, está en el artículo 235, que estableció que todos los Arzobispos y Obispos, debían ser peruanos de nacimiento o por naturalización.

En lo que fue el ejercicio de derechos constitucionales, éstos quedaron plasmados en las garantías nacionales sociales, electorales e individuales, bajo el impero de la no discriminación, sal-salvo para los partidos políticos de ideologías de origen internacional que se encontraban al margen de la ley, sus integrantes no podían desempeñar ninguna función política (artículo 53), ello era discriminatorio y arbitrario, frente al ejercicio de los derechos políticos.

La Constitución de 1979, de rasgo altamente socializante, en su artículo 2, inc. 2 hizo referencia al principio de igualdad ante la ley, precisándose que no se toleraba discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma, el varón y la mujer tenían

igualdad de oportunidades y responsabilidades, las mujeres tenían y tienen derechos no menores que el varón.

En este extremo la carta del 1979, fue revolucionaria en lo referido al principio de igualdad de sexo y religión, a las mujeres se les permitió la práctica de los derechos civiles, sociales, culturales, políticos y patrimoniales, en igualdad de condiciones que los varones, como en la actualidad se viene dando.

La Constitución de 1993, vigente en su artículo 2, inc. 2 reitera lo normado por la Constitución de 1979, en los extremos de igualdad de raza, religión sexo, idioma, opinión e incorpora la condición económica que no estuvo normado en su antecesora.

4. El poder municipal en el constitucionalismo peruano

La Constitución de 1823, entre sus artículos del 138 al 147 desarrolla, la alternativa del poder municipal, recogiendo a la vieja institución del ayuntamiento, convirtiéndola en municipalidades compuestas por alcaldes, regidores, síndicos, quienes debían ser elegidos por Colegios Electorales de Parroquias, las atribuciones de la Municipalidad como institución encargada de la administración de la ciudad, de la villa, siempre han estado de la mano con asuntos vecinales relacionados a la seguridad, instrucción primaria, ornato, recreo, al cobro de contribuciones, higiene, salubridad vecinal y a la capacidad de emitir normas municipales.

Los alcaldes a su vez eran jueces de paz, cuyas tareas según la proporción podían compartirlas con los Regidores. Los requisitos para ser alcalde era ser vecino o natural del pueblo, ser representativo y contar con veinticinco años, estos requisitos fueron recogidos de la Constitución monárquica de 1812.

La Carta de 1826 en su artículo 128 precisó que en aquellos vecindarios o comarcas que pasen de mil almas, habrá un alcalde y si excedieran de dos mil almas, habrán dos alcaldes, en lo que se refirió a las funciones de la municipalidad no mencionó nada, empero sí se utilizó a la institución del cabildo abierto en 1827 para pronunciarse sobre la nulidad de la Constitución Vitalicia.

La Constitución de marzo de 1828, legisló sobre la institución municipal del artículo 140 al 143, precisando que los censos determinarían las juntas de vecinos denominada municipalidad y que las municipalidades se encargarían de resguardar los intereses locales, sus autoridades debían provenir de elección popular. Lamentablemente en esta Constitución a las municipalidades no se les otorgaba representatividad alguna y que éstas no podían pronunciarse sobre los intereses nacionales y que sus peticiones debían ceñirse a los requerimientos domésticos del pueblo. Esto fue una desnaturalización de la representatividad local que lo estableció el artículo 142 de la citada Constitución.

La Constitución de 1834, en su artículo 137, estableció que en las capitales de departamento y provincia debería existir una junta de vecinos denominada Municipalidad. En lo relacionado a sus atribuciones y las reglas electorales para elección de sus autoridades, se debía ceñir por una ley expresa.

La primera Ley Orgánica de Municipalidades fue del 1 de agosto de 1834, a su vez se dictó la primera Ley de Elecciones Municipales, 28 días después que la Ley de Municipalidades, dispusieron la elección de sus autoridades limitando el derecho a voto a los propietarios y a las personas que gozaban de renta²¹.

La Constitución de Huancayo de 1839, llegó al extremo de suprimir las municipalidades, abolir las juntas departamentales y crear las intendencias a cargo de funcionarios dotados de facultades ejecutivas, judiciales y de policía, nombrados por el Gobierno para el ejercicio de administración local.

La Constitución de 1856, reservó del artículo 114 al 117 para el tratamiento municipal, precisando que habrá municipalidades en los lugares que la ley exija y que están encargadas de la administración, cuidado y fomento de los intereses locales, que podrán recaudar fondos y los mismos podrán ser administrados por cada Municipalidad, ello fue un reconocimiento tácito al principio de autonomía, permitiendo que sus autoridades provengan de elección.

Durante la vigencia de esta Constitución se creó el Registro cívico lo que es hoy los registros civiles, que permitió contar con un padrón actualizado de sus ciudadanos y a su vez se constituyeron los agentes municipales.

La Constitución de 1860, reservó el artículo 118 para el tema municipal, precisando que una ley específica regulará los asuntos municipales. Durante la vigencia de esta Constitución se da la Ley de Descentralización Fiscal (13 de noviembre de 1886), que a propuesta del ex presidente de la República y ex Ministro de Hacienda Mariano Ignacio Prado, creó el impuesto predial rústico que permitió que lo que se recaudara de las contribuciones de los grandes hacendados y latifundistas se reinvirtiera en cada departamento y provincia, con estos recursos se pudieron ejecutar importantes obras como, la construcción de los ferrocarriles y los puertos en las provincias del país, y a su vez se efectuó la redistribución del presupuesto general que conllevó a los llamados presupuestos departamentales que tuvieron una vigencia hasta 1920 y que permitieron una auténtica descentralización fiscal y presupuestal²².

El 14 de octubre de 1892 se dictó la Ley de Municipalidades que entre los principales novedades creó el Impuesto de alcabala y de se-

²¹ JULIO CÉSAR CASTIGLIONI, *El Municipio*, Grijley, tomo II, Lima, 1997, p. 58.

²² JORGE CÁCERES ARCE, *Ensayos sobre derecho y democracia*, Improf, Arequipa, 2001, pp. 128 y 129.

renazgo, el arrendamiento de tierras y bienes nacionales, y se promulgó en marzo de 1909, la Ley de Elecciones Municipales, que permitió la elección de autoridades municipales.

La Constitución de 1867, en su artículo 115, establecía que habría municipalidades en las capitales de provincia y que una ley especial determinaría su funcionamiento, como ya lo hemos comentado, esta carta constitucional no pasó de 5 meses de vigencia.

La Constitución de 1920, se ocupa de las labores municipales en los artículos 141 y 142 precisando que habrán municipalidades en los lugares que designe la Ley y se reconoce en forma expresa a la autonomía de los Consejos Provinciales y que toda creación de arbitrios era aprobada por el gobierno.

Durante la vigencia de esta Constitución se convocó a elecciones Municipales en 1926, conocidos los resultados adversos al gobierno de Leguía, fueron estas anuladas por el dictador.

La Constitución de 1933, crea los Consejos Departamentales como órganos intermedios de gobierno y reserva del artículo 188 al 206, los temas vinculados a los Consejos Departamentales y a los Consejos Municipales, durante la vigencia de la misma es donde se permite la participación de extranjeros en las elecciones municipales, y es así que durante el primer gobierno del arquitecto Belaúnde, se eligieron a extranjeros como alcaldes, como es el caso de Arequipa, donde se eligió al empresario de origen alemán Ulrich Neisser Riess. Otra novedad fue el voto de las mujeres en las elecciones municipales y es así que la señora María Delgado de Odría, candidateó a la alcaldía de Lima, durante el primer gobierno del ex presidente Belaúnde, siendo derrotada en las urnas, por Luis Bedoya Reyes.

Producto de los terremotos que sacudieron a Arequipa en los veranos de 1958 y 1960 se constituyó la Junta de Rehabilitación y Desarrollo de Arequipa, en el gobierno de Manuel Prado, gracias al trabajo corporativo de la denominada cédula parlamentaria arequipeña, integrada por destacados pro-hombres de Arequipa como fueron: Roberto Ramírez del Villar, Mario Polar, Héctor Cornejo Chávez, Javier de Belaúnde, Jaime Rey de Castro y Alfonso Montesinos, producto de los recursos económicos que el gobierno nacional destinó a esta Junta se hicieron numerosas obras, gracias a la tesonera labor de quienes fueron sus presidentes: Juan Bustamante de la Fuente, Humberto Núñez Borja, Emilio Suárez Galdos, Francisco Valencia Paz, Fernando Chávez Belaúnde y Alberto Franco Castillo.

Las obras trascendentales la podemos resumir en la instalación del Parque Industrial, la construcción del complejo portuario de Matarani, la construcción de la Variante de Uchumayo, la construcción de las carreteras Matarani-Mollendo, de Arequipa a Yura y por ende a Puno y Cusco, nace la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa, se inauguró la Fábrica de Cemento Yura en 1966, se inauguró la planta hidroeléctrica en Charcani, se construyó el Coliseo ce-

rrado de Arequipa, se dotó de electricidad a las capitales de las provincias de: Camaná, Islay, Castilla, Caylloma, Caravelí, Condesuyos y la Unión, con el aporte del sector privado nace en 1962, el Banco del Sur del Perú, y se instala la Caja de Ahorro y préstamos Mutual Arequipa²³.

Definitivamente que esta Junta de Rehabilitación se convirtió en un Proyecto piloto auténtico de descentralización que debe ser imitado.

Después del golpe de Estado de octubre de 1968, no se convocó a elecciones municipales durante los gobiernos de los generales Juan Velazco y Francisco Morales Bermúdez.

La Constitución de 1979, alcanza una nueva estructura del Estado peruano dividiéndola en gobierno central, regional y local.

Los gobiernos locales eran provinciales y distritales y contaban con autonomía económica y administrativa, la Constitución reservó del artículo 252 al 268, para abordar los temas sobre descentralización, en lo que fuere a las municipalidades, se les otorgó competencias ya conocidas y en su esencia fueron heredadas del sistema colonial, reiteradas todas ellas en las 10 constituciones anteriores a la del 1979, como es el caso de las tareas municipales en el ornato, zonificación y urbanismo, cooperación con la educación primaria, el turismo y los servicios básicos. Pudieron crear tributos y administrar sus rentas.

Lamentablemente esta Carta del 79 en su artículo 258, le otorgó un régimen especial para Lima, tanto en el tema municipal como en el tema regional, el cuerpo edil era elegido por un período democrático de 3 años y se reiteró las innovaciones en materia de derechos políticos en relación al voto femenino y la elección de extranjeros.

En agosto de 1989, durante el primer gobierno del presidente Alan García se convocó a elecciones regionales cuyos mandatos se instalaron en enero de 1990, los mismos que fueron interrumpidos inconstitucionalmente por el autogolpe del 5 de abril de 1992.

La Constitución de 1993, ratificó la estructura del Estado peruano en tres niveles de gobierno, empero amplió la autonomía municipal al nivel de orden político, como lo dispone el artículo 194 de la misma, es necesario precisar que se cuenta según la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades vigente Ley núm. 27972 (mayo del 2003) con distintas clases de municipalidades como son: las tradicionales, las de provincia y distrito, las naturales, las de frontera y rurales, las delegadas de centro poblado menor y la centralista Lima metropolitana.

El período municipal se ha ampliado de tres a cuatro años, incor-

²³ JUAN GUILLERMO CARPIO MUÑOZ, *Historia General de Arequipa*, Cuzzi, Arequipa, 1990, p. 53.

porándose la figura de la revocatoria a las autoridades locales, la Constitución vigente reserva desde el artículo 188 al artículo 199, lo relacionado al proceso de descentralización precisando que este capítulo fue reformando en su integridad por la Ley núm. 27680 del 7 de marzo del 2002. En lo que se refiere a las competencias y funciones municipales son similares a la carta de 1979.

5. La división de poderes en el constitucionalismo peruano

La Carta de 1823, recoge la propuesta de la estructura de todo Estado republicano en base a la clásica división de poderes. Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judicial.

Esta carta otorgada por Torre Tagle estableció la figura del presidente de la República dentro de un sistema presidencial no puro.

El presidente aparte de ser peruano de nacimiento debía contar con los mismos requisitos que para ser diputado y contaba con un vicepresidente y a falta del vicepresidente quien asumía las funciones del Poder Ejecutivo era el presidente del Senado. Esta secuencia de mando se ha mantenido durante los más de ciento ochenta y cinco años de vida republicana en el Perú.

El presidente y el vicepresidente de la República, eran elegidos por el Congreso entre los individuos proponía el Senado, por cuatro años, no habiendo la figura de la reelección (artículo 60, inc. 24).

Del artículo 72 al 81 se regulaba no solo el tema de las facultades sino del ejercicio de la presidencia de la república.

Dentro de sus facultades establecidas en el artículo 80, encontramos la similitud con las atribuciones del Rey, dispuestas en la Constitución monárquica de 1812. El presidente actuaba de la mano con los Ministros de Estado que eran tres según el artículo 82 de esta carta, uno de Gobierno y Relaciones Exteriores, otro de Guerra y Marina y otro de Hacienda. Los ministros eran responsables políticos por los actos del presidente, como lo dispuso el artículo 84 de la Ley magna de 1823.

El presidente de la República, tenía el mando supremo de las fuerzas armadas como el Rey en la época colonial de la fuerza nacional, no podía salir del territorio sin autorización del Congreso y si lo hacía incurría en responsabilidad funcional.

El Poder Legislativo estaba estructurado en dos cámaras: senadores y diputados elegidos democráticamente, los diputados representaban a las provincias y los senadores a los departamentos.

El cargo de diputado se renovaba por mitad cada dos años, mientras el cargo de Senador era por doce años (artículos 55 y 89 - 1823).

Los parlamentarios contaban con inmunidad (artículo 59) y no podían ejercer otro cargo en el Estado, es decir estaban sujetos a incompatibilidades.

Sus facultades estaban expresadas en el artículo 60, que por esencia y excelencia era las de fiscalizar, legislar y ejercer tareas administrativas de gestión, como en el caso de crear o suprimir empleos públicos conceder títulos de villa o de ciudad, instituir fiestas nacionales para mantener la unión cívica, avivar el patriotismo y perpetuar la memoria de los sucesos más importantes y célebres de la independencia nacional.

Los que contaban con iniciativa legislativa eran los parlamentarios (Diputados y Senadores).

Las Leyes eran promulgadas por el presidente de la República quien tenía la facultad de observarlas en un término no mayor de tres días (artículo 63).

El Poder Judicial, encargado de administrar justicia a través de los Tribunales Supremos y Superiores, establecidos en la Constitución de Cádiz, lo cual estaba contenido del artículo 95 al 121, que regulaba el funcionamiento de este poder del Estado.

La administración de justicia era exclusiva a cargo de tribunales de justicia y juzgados subalternos (artículo 95). La estructura del Poder Judicial era: Juzgados, Cortes Superiores y Corte Suprema; y con ello se aseguraba la garantía de la pluralidad de instancias (artículo 113).

Las Cortes Superiores tenían sede en Lima, Trujillo, Cuzco y Arequipa (artículo 101). Se estableció una codificación de normas civiles y criminales que debían ser acatadas por todos los ciudadanos (artículo 106).

La figura de la acción popular heredada del sistema colonial aparece en el artículo 109, la misma que estableció «producen acción popular contra los jueces el soborno, la prevaricación, el cohecho, la abreviación o suspensión de las formas judiciales y el de detener ilegalmente a una persona»²⁴.

A su vez, ninguna persona podía estar detenida más de veinticuatro horas sin conocer la razón de la misma y que no se podía tolerar restricción a la libertad individual (artículo 117).

La Corte Suprema se encargaba como lo disponía el artículo 100, inc. 3, de resolver las causas criminales en que estuvieran incurso los Ministros de Estado. No se aplicaba la pena capital salvo en los casos que exclusivamente se merezcan.

La Constitución vitalicia de 1826, en lo que se refirió a la estructura del Estado mantuvo la misma que la anterior carta.

Un Poder Ejecutivo a cargo del presidente de la República que, era vitalicio (artículo 77), que debía tener treinta años de edad (artículo 79, inc. 3) y tener talentos conocidos en la Administración del Es-

²⁴ Constitución de 1823, ob. cit., tomo II, p. 124.

tado, entendiendo que este requisito debió mantenerse hasta nuestra época.

Las atribuciones del presidente eran similares a la Carta de 1823, contaba con un vicepresidente que era el Jefe del Ministerio (artículo 88).

El presidente de la República y el vicepresidente, eran elegidos por el Congreso al presidente por primera vez y al vicepresidente a propuesta del primero.

La Carta de 1826, ya no mencionaba ministros sino a secretarios de Estado que debían ser cuatro que despacharán bajo las órdenes del vicepresidente que se convertía como un Primer Ministro o como un Secretario de Estado, como funciona en el sistema norteamericano presidencial, así lo disponía el artículo 92 de la Carta en mención.

Los secretarios de Estado y el vicepresidente eran responsables de los actos del Ejecutivo y los actos del presidente requerían del refrendo de sus secretarios (artículo 94).

La estructura del Poder Legislativo varió notablemente, es la única carta constitucional peruana en la que se habló de un sistema tricameral: Cámara de Tribunos, Cámara de Senadores y Cámara de Censores. Esta estructura del Parlamento no fue oportuna para la época y no llegó a implementarse, porque no era adecuada para una república naciente.

Lo que pretendió el libertador Simón Bolívar fue perennizarse en el poder que no fue recibido de la mejor manera por quienes impulsaron la independencia, ni por la clase política naciente. Los parlamentarios gozaban de inmunidad (artículo 33) y contaban como en la Constitución de 1823 con dos clases de legislaturas, siendo sus sesiones públicas y solo los negocios del Estado se trataban en secreto (artículo 36).

En lo que se refería a la formulación y promulgación de las Leyes tenía el presidente de la República la capacidad de observarla dentro de un plazo de diez días como lo disponía el artículo 70.

El Poder Judicial, en la Carta de 1826 señala una estructura con una Corte Suprema, Cortes Superiores y Juzgados. En el artículo 119, hablaron de la figura del *in fraganti*, es decir, que un delincuente podía ser arrestado por cualquier persona y conducido a la presencia del juez cuando hubiera cometido el delito y hubiera sido detectado en forma inmediata.

Se reitera el tema de la pluralidad de instancias, como lo disponía el artículo 115. Quedó descartado el uso del tormento y la confiscación de bienes (artículos 121 y 122).

La Constitución de 1828, dictada en arzo del mismo año por José de la Mar, es la carta política cuya estructura estatal se ha manteni-

do en los casi ciento ochenta y cinco años de vida republicana a excepto del sistema unicameral normado en las Constituciones de 1867 y la vigente de 1993.

El supremo Poder Ejecutivo se ejercerá por un solo ciudadano que era el presidente de la República y contaba con un vicepresidente. Su elección era a través de los colegios electorales de provincia, es decir era una elección indirecta que al final sus resultados eran remitidos al presidente del Senado (artículo 86, inc. 1), por un período de cuatro años pudiendo ser reelegido inmediatamente por una sola vez (artículo 84). El que reuniera la mayoría absoluta de los votos del total de electores de los colegios de provincia era elegido presidente (artículo 86, inc. 3). La edad para ser presidente era de treinta años y haber nacido en el territorio nacional.

El presidente y el vicepresidente juraban ante el Congreso, tradición protocolar y republicana que hasta hoy se mantiene (artículo 87). El presidente era responsable de sus actos junto con sus ministros, es decir los actos del presidente requerían del refrendo ministerial (artículo 97) y los Ministros eran responsables de los actos del presidente que autoricen sus firmas, contra la Constitución y las leyes (artículo 100). Estas Figuras del refrendo ministerial y de la responsabilidad compartida de los ministros con el presidente se han constituido en un indicador latente del sistema constitucional peruano.

La estructura del Poder Legislativo ha sido la tradicional, a través de una Cámara de Diputados y una Cámara de Senadores, los diputados eran elegidos por Colegios Electorales de Parroquia y de Provincia, mientras los senadores eran elegidos por cada departamento (artículos 11 y 24).

Los parlamentarios gozaban de inmunidad parlamentaria (artículo 42) y se reunían en sesiones públicas y solo trataban en secreto los negocios del Estado.

El presidente de la República y el vicepresidente podían ser acusados ante el Senado, esta figura es la que se conoce hoy como la del control político y entendemos que era un adecuado reflejo del equilibrio de poderes y no solo podían someter a acusación al presidente sino a los vocales de la Corte Suprema cuando hubieran infringido la Constitución o hubieran incurrido en traición a la patria (artículo 22).

En relación al sistema parlamentario, contaban con dos clases de legislaturas ordinarias y extraordinarias como lo disponía el artículo 44. Las atribuciones del Congreso son las que estaban establecidas en el artículo 48 de la Constitución de 1828 y que son el reflejo de las atribuciones del Parlamento del siglo XXI.

El presidente de la República promulgaba las leyes y podía observarlas como lo disponía el artículo 54 y si en el caso que no las devolviera en el término de 10 días útiles, se tenía por sancionada la

ley y se promulgaba (artículo 56).

El Poder Judicial, era autónomo e independiente (artículo 103) y los jueces ejercían sus cargos a perpetuidad (artículo 104). La estructura del Poder Judicial es la actual una Corte Suprema, con sede en Lima, Cortes Superiores en las capitales de departamento y en las provincias los Juzgados de Primera instancia (artículos 105 y 106). Se contaba con la garantía de la pluralidad de tres instancias (artículo 124).

El detenido debía ser informado en forma inmediata, que merecía pena corporal, pero en el caso de *in fraganti* el criminal podía ser arrestado en forma inmediata por cualquier ciudadano y llevado ante el juez (artículo 127). Aparece la figura de la detención por deudas (artículo 128), esta figura se mantiene hasta hoy y procede por la Omisión a la asistencia familiar.

Quedó abolida, la tortura, el tormento, la pena de muerte, sólo en casos excepcionales (artículo 129), la figura de acción popular como recurso contra los jueces que habrían incurrido en prevaricato, cohecho o haber detenido arbitrariamente a una persona, se legisló en la Constitución de 1928, recogiendo esta figura de la Constitución de Cádiz de 1812.

La Constitución de 1834 recoge la estructura de la carta de 1828 en lo referente a los poderes del Estado. Un Poder Ejecutivo gobernado por el presidente de la República, que debía tener treinta años, cuya elección junto con el vicepresidente era a través de Colegios, por un período de cuatro años, pudiendo ser reelegido (artículo 77). El presidente era responsable junto con sus ministros de los actos de gobierno (artículos 78 y 94).

Los actos del presidente requerían del Refrendo ministerial (artículo 93). Se contaba con un Concejo de Estado y un equipo de asesores, que eran dos por cada departamento (artículo 96). El presidente de la República representaba a la nación, nombraba a los Prefectos y Subprefectos, nombraba Ministros, era el jefe supremo de las Fuerzas Armadas entre otras acciones (artículo 85), estas funciones presidenciales se han venido aplicando durante décadas hasta la fecha.

El Poder Legislativo estaba compuesto por dos cámaras de Senadores y Diputados, similar a la Carta de 1828, las atribuciones del Congreso estaban expresamente normadas en el artículo 51 de la Constitución entre las que destacan: Decretar la guerra y negociar la paz (artículo 51, inc. 4), elegían a los Vocales de la Corte Suprema (artículo 51, inc. 26), esta última función rigió, pero hasta la Constitución de 1979, el Senado se encargaba de ratificar a los Vocales Supremos. Estas facultades son hoy del Consejo Nacional de la Magistratura.

El presidente de la República podía observar los proyectos de Ley como lo disponía los artículos 56 y 58 teniendo un plazo de quince

días para pronunciarse.

Los parlamentarios gozaban de la inmunidad normada en el artículo 45 y sesionaban en legislaturas ordinarias. Los senadores y diputados podían ser reelectos y las cámaras se renovaban por mitad cada dos años, este uso electoral se mantuvo hasta la Constitución de 1933.

El Poder Judicial se encontraba estructurado en forma similar por lo dispuesto por la Constitución de 1828. La figura de la «cosa juzgada» como garantía procesal estuvo presente en el artículo 127 y la figura de la acción popular se volvió a reiterar en el artículo 129.

Constitución de 1839, dada por Agustín Gamarra en la ciudad de Huancayo en noviembre del mismo año. La estructura del Estado y la separación de los poderes se mantuvieron. Un Poder Ejecutivo a cargo de un Jefe Supremo elegido por los colegios electorales, es decir por sufragio indirecto, el período presidencial era de seis años, no pudiendo ser reelegido (artículo 78).

El presidente con sus ministros eran responsables de los actos del gobierno (artículos 79 y 95). El presidente juraba ante el Congreso, tradición que se mantiene cada cinco años los veintiocho de julio. Las atribuciones del presidente estaban expresamente señaladas en el artículo 87 y eran las mismas que las expresadas en la Carta de 1828.

Contaba con un Consejo de Estado compuesto por quince individuos elegidos por el Congreso (artículo 96). Los integrantes de este Consejo eran militares y eclesiásticos.

El presidente de la República podía observar las leyes y tenía un plazo de quince días para pronunciarse (artículo 59).

En el caso de vacancia del presidente de la República, quien lo sucedía era el presidente del Consejo de Estado (artículos 81 y 82). El presidente junto con sus Ministros refrendaba las normas legales (artículo 90).

La estructura del Poder Legislativo era en base a dos cámaras de senadores y diputados que contaban con inmunidad parlamentaria (artículos 17 y 18). La Cámara de diputados se renovaba por tercios cada dos años y los senadores por mitad cada cuatro años y estos podían ser reelegidos. Los ministros podían ser interpelados por el parlamento.

El Poder Judicial según la carta de 1839, encargado de administrar justicia, ejercía dicha función a través de tribunales y jueces, reflejaba una estructura en tres niveles, Juzgados de primera instancia, Cortes Superiores y Corte Suprema.

La figura de la cosa juzgada estuvo presente como garantía procesal en el artículo 129 y la figura procesal de la acción popular como recurso contra los magistrados y jueces que habían incurrido en

delitos funcionales también estuvo presente en la Carta de 1839 (artículo 131).

Constitución de 1856, dada por Ramón Castilla, heredó la estructura estadual normada en la Constitución de 1928, con un presidente de la República que requería tener 35 años, ser peruano de nacimiento y elegido por los pueblos, cuyo período presidencial era de cuatro años y no podía ser reelecto (artículo 80), contaba con un vicepresidente elegido bajo las mismas condiciones que el presidente, el presidente compartía responsabilidades con los ministros de Estado y existía la figura del refrendo ministerial (artículo 92) y de la responsabilidad solidaria por los actos del Mandatario (artículo 97). Los ministros podían ser interpelados y deberían presentar ante el Congreso la memoria de su gestión (artículo 94).

En los departamentos y provincias quienes representaban al presidente de la República eran el Subprefecto y el Prefecto y duraban en su mandato dos años (artículos 100 y 101).

Las atribuciones del Jefe de Estado, estaban expresamente normadas en el artículo 89 y sus restricciones en el artículo 90, como la de no salir del territorio patrio sin autorización del Congreso.

El Poder Legislativo estaba estructurado en dos cámaras, las ya mencionadas en las cartas anteriores, con todas las condiciones y características establecidas en la Constitución de 1828 y en lo referente a la formación y promulgación de las leyes, éstas podían ser observadas por el Ejecutivo, dentro de un plazo de diez días (artículos 65 y 67).

El Poder Judicial estaba administrado por Tribunales y Juzgados divididos en tres instancias y se habla por primera vez de la figura del Fiscal de la Nación, que se encargaba de hacer cumplir las Leyes (artículos 132 y 133). Se ratificó la figura de la acción popular contra magistrados y jueces por la comisión de delitos de función (artículo 131), como a su vez se reitero la garantía de la cosa juzgada (artículo 130) y la publicidad de los juicios cuyas votaciones se efectuaban en alta voz y a puerta abierta.

La Constitución de 1860, reformó a la carta de 1856, respetó la estructura del estado peruano diseñada en la Constitución dada por José de la Mar en 1828, para ser presidente se requería ser peruano de nacimiento y tener 35 años de edad, además era elegido por cuatro años junto a dos vicepresidentes, éstos no podían ser reelectos (artículo 85), la figura de los vicepresidentes se incorpora por primera vez con la carta de 1860 (artículo 89) y se mantiene hasta la fecha. El presidente de la República compartía responsabilidades con sus ministros (artículo 104) y también existe la figura del refrendo ministerial (artículo 109). La reunión de los ministros conformaban el Consejo de Ministros o Gabinete, institución del sistema parlamentario que hasta hoy rige (artículo 100).

El Congreso de la República, estaba compuesto por dos cámaras:

senadores y diputados, los diputados representaban a provincias y los senadores a los departamentos (artículos 46 y 48), ambos gozaban de inmunidad parlamentaria, (artículos 54 y 55). El presidente podía observar los proyectos de Ley, por el término de diez días (artículo 69). La carta de 1860, hizo alusión a un Poder Judicial similar a la Constitución de 1856.

La Constitución de 1867, de efímera existencia (no más de cinco meses), de agosto de 1867 a enero de 1868, ratificó la estructura y organización del Estado peruano.

El presidente debía ser elegido por un período de cinco años y no podía ser reelecto sino después de un período igual (artículo 76), en los demás extremos y características del Poder Ejecutivo son similares a las establecidas en la Constitución de 1860, en lo que se refiere a la estructura del Poder Legislativo, existe una modificación sustancial, ya que existía una sola Cámara integrada por Congresistas, contando con un Congreso reunido en dos legislaturas extraordinarias (artículo 51).

Los integrantes del Congreso se renovaban cada dos años por mitades una vez culminada la legislatura ordinaria, contaban con la vieja institución de la inmunidad parlamentaria que data de la Corte de Cádiz de 1812 (artículo 53). En las demás condiciones y características del Poder Legislativo a través de un sistema unicameral, se reitera lo normado en la Carta de 1860.

La Constitución de 1920, dictada por Augusto Leguía, establecía que el Poder Ejecutivo estaba presidido por el presidente de la República, quien gobernaba por un período de cinco años, no pudiendo ser reelecto, esta carta política le permitió al dictador Augusto Leguía gobernar por once años al país, bajo un régimen de hecho.

Los ministros de Estado compartían responsabilidades con el presidente de la República en forma solidaria por las resoluciones y actos de gobierno (artículo 132), los ministros reunidos conformaban el Consejo de Ministros. Se mantuvo la figura del Consejo de Estado compuesto por siete miembros elegidos por los Consejos de Ministros con la aprobación del senado de la república (artículo 134).

El primer poder del Estado, el Poder Legislativo, estaba compuesto por dos cámaras, los alcances características y atribuciones, así como privilegios de los parlamentarios son los que aparecen en la Constitución de 1860, a su vez el presidente podía observar las leyes en el término de diez días perentorios (artículo 104).

El Poder Judicial está estructurado bajo las condiciones administrativas, establecidas en la carta de 1828, los magistrados estaban sometidos a ser denunciados vía acción popular por cometer delitos de función (artículo 157). Las garantías del debido proceso eran las señaladas en la Carta de 1860.

En la Constitución de 1933, el presidente de la República se constituyó en jefe de Estado y personificaba a la nación, junto con el eran elegido dos vicepresidentes con las mismas calidades y para el mismo período que el presidente.

El período presidencial era de cinco años y se inicia el 28 de julio del año en que se realiza la elección (artículo 139). Este artículo fue modificado por la Ley núm. 11874 del 31 de octubre de 1952, que amplió el período presidencial de cinco a seis años²⁵. No había la figura de la reelección presidencial inmediata y más aún por mandato constitucional expreso, no podía ser ni reformada ni derogada esta disposición (artículo 142).

El presidente administraba la cosa pública junto con sus ministros de Estado que reunidos formaban el Consejo de Ministros y por primera vez se habla de la figura del presidente del Consejo de Ministros, que fue designado por el presidente de la República, a su vez se incorpora la figura de que el Primer Ministro proponía al presidente a los demás ministros, los ministros refrendan los actos del presidente de la República, sin este requisitos eran nulos los actos (artículo 166).

Existía la figura de la interpelación y de la censura a los ministros de Estado por parte del Congreso (artículos 169, 170 y 172).

En el caso de que prospere la censura al Ministro debía dimitir y el presidente de la República estaba en la obligación de remover al Ministro (artículo 173).

La Constitución de 1933 crea el Consejo de Economía Nacional conformado por los representantes de los estamentos, tanto del sector laboral, sector empresarial, de los profesionales y de la propia población consumidora (artículo 182), esta figura era en sí el Consejo Económico planteado por Haya de la Torre desde 1931.

El Poder Legislativo, estaba constituido por dos cámaras, de Diputados y un Senado funcional, este último que nunca llegó a implantarse.

Las condiciones del Poder Legislativo, sus características y atribuciones son similares a la Constitución de 1920, entre las que destacamos las legislaturas extraordinaria y ordinaria (artículos 110 y 111), la inmunidad parlamentaria (artículo 104) y las incompatibilidades entre el mandato legislativo y cualquier función pública (artículos 101 y 102).

El Poder Judicial mantuvo su estructura organización y atribuciones, normadas en la Carta de 1920 respetándose las garantías del debido proceso y la figura de la acción popular, como recurso para denunciar los delitos de función, que cometieran los magistrados.

²⁵ DOMINGO GARCÍA BELAÜNDE, *Las Constituciones del Perú*, tomo II, Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres, Lima, 2006, p. 143.

Constitución de 1979, nos hace alusión a un presidente de la República elegido con dos vicepresidentes por un período de cinco años, elegido por sufragio directo, universal y secreto, no pudiendo ser reelegido.

Se incorpora en esta carta la institución de la segunda vuelta para elegir presidente y vicepresidentes y se aplica cuando ninguno de los candidatos no obtienen la mitad más uno de los votos válidamente emitidos. Esta segunda elección es entre los dos candidatos que hayan obtenido la mayor votación (artículo 203).

La aplicación de esta figura electoral no se puso en práctica ni en 1980 a pesar que el presidente Fernando Belaúnde no obtuvo la mitad más uno de los votos válidamente emitidos pero según la tercera disposición general y transitoria de la Constitución indicada, no se aplicaba para este proceso la segunda vuelta.

En 1985 el doctor Alan García tampoco obtuvo más de la mitad de los votos válidamente emitidos empero el candidato que obtuvo el respaldo ciudadano en un segundo lugar fue el doctor Alfonso Barrantes, quien dimitió ir a un segundo proceso, por razones políticas y presupuestales.

En 1990 se produjo una segunda vuelta entre Alberto Fujimori y Mario Vargas Llosa y el ganador de la misma, fue el ex presidente prófugo.

Las atribuciones y obligaciones del mandatario estuvieron expresamente establecidas en el artículo 211 de la Constitución y eran las que se han venido heredando desde comienzos de la República.

La Presidencia del Consejo de Ministros con un líder político de este órgano ejecutivo colegiado que junto con el Presidente de la República designaban a los demás ministros. Los ministros eran y son responsables individualmente por los actos presidenciales que refrendan y a su vez el jefe de Estado ha requerido y requiere del denominado refrendo ministerial, como lo dispuso el artículo 213.

La estructura del Poder Legislativo, fue la tradicional, bicameral, elegidos por un mandato de cinco años, pudiendo ser reelectos y contando con todos los privilegios que la propia Constitución de 1979 les concedió. Los ministros podían y pueden ser interpelados y censurados, el ministro censurado renuncia y el presidente de la República está en la obligación de removerlo.

El Congreso se reunía y se reúne en legislaturas ordinarias y extraordinarias y estas son públicas y pueden ser reservadas si así lo acuerdan sus miembros o su reglamento interno. La Cámara de diputados acusaba ante el Senado al presidente, a los ministros y a los parlamentarios y también a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales y a los Vocales Supremos.

Entre las atribuciones del Congreso estaban y están la delegación de facultades que puede hacer el Congreso a favor del Poder Ejecutivo.

vo, para que este último norme a través de Decretos Legislativos (artículo 188).

Esta carta política hizo referencia a las relaciones del Poder Ejecutivo con el Legislativo y estas estaban determinadas desde el artículo 224 hasta el artículo 230 y comprendían los asuntos de interpelación y censura a ministros y funcionarios públicos y hasta la disolución de la Cámara de Diputados, no pudiendo disolver el presidente de la República el Senado (artículo 230).

El Poder Judicial, en relación a este estamento del Estado en forma literal estableció las garantías de la administración de Justicia, todas ellas normadas en el artículo 233, en relación a su estructura, se mantiene la de triple instancia y con las prerrogativas que la ley le concedió y le concede.

La Constitución de 1993, en lo que se refiere a la estructura del Estado peruano, sobre la separación de los poderes, mantiene la propuesta de la Constitución de 1979, con tres poderes clásicos. El Poder Ejecutivo a cargo de un presidente de la República elegido por un período de cinco años pudiendo ser reelecto para un período inmediato, el jefe de Estado y el jefe de Gobierno es elegido junto a los vicepresidentes.

Se aplica la figura electoral de la segunda vuelta y bajo la vigencia de esta Constitución se ha puesto en práctica en tres oportunidades en el año 2001 cuando ninguno de los dos candidatos (Alejandro Toledo y Alan García) obtuvieron la mitad más uno de la mayoría absoluta, fueron a una segunda vuelta en junio del año indicado y triunfó el economista Alejandro Toledo, por segunda vez se aplicó en Junio del 2006 concurrieron a una segunda vuelta electoral el doctor Alan García y el comandante Ollanta Humala, obteniendo el triunfo por segunda vez el doctor Alan García Pérez.

Por tercera vez, hemos puesto en práctica la figura de la segunda vuelta presidencial, entre los candidatos el Sr. Ollanta Humala y la Sra. Keiko Fujimori, triunfando el pasado 5 de junio el oficial del Ejército en situación de retiro, don Ollanta Humala Taso, instalándose en Palacio de Gobierno el jueves 28 de julio del 2011.

Las responsabilidades presidenciales son compartidas con los ministros de Estado y se requiere del refrendo ministerial para que los actos del presidente sean válidos.

El presidente está en la obligación de concurrir al Congreso cada veintiocho de julio y para salir del territorio nacional requiere del acuerdo del Congreso.

La Constitución de 1993, ha otorgado atribuciones especiales al presidente del Consejo de Ministros, normadas en el artículo 123, quien se ha convertido en el vocero del Poder Ejecutivo después del presidente de la República y ser un conciliador con los otros poderes del Estado.

La novedad de esta carta está relacionada en que el jefe del Gabinete puede ser ministro sin cartera, consideramos que fue afinada esta propuesta, ya que se requiere contar con un Primer Ministro sin mayor carga burocrática.

Otra de las innovaciones de la Carta de 1993, en relación al Poder Ejecutivo, en comparación con la Constitución de 1979, es la reelección inmediata que consideramos no es recomendable, si tomamos en cuenta los hechos sucedidos en las elecciones presidenciales de 1995 y del año 2000.

Otra de las figuras está referida a que el candidato a la presidencia de la República no puede ser candidato a algún cargo congresal, definitivamente esta novedad legislativa del constituyente del noventa y tres conlleva a darle una mayor seriedad a la candidatura presidencial.

También está presente la institución de la acusación constitucional más conocido como el juicio político, al que pueden ser sometidos el presidente de la República, sus ministros, congresistas y otros funcionarios del Estado están sometidos.

En relación a la estructura del Parlamento esta ha variado y es unicameral, con un Congreso de 120 integrantes, cuyas atribuciones, son similares al Parlamento diseñado en la Constitución de 1979.

Cuentan con las condiciones características y privilegios establecidas en la Constitución de 1979, se puede delegar funciones legislativas en el ejecutivo (artículo 104) para que norme a través de Decretos Legislativos, de igual forma se mantiene los rasgos del sistema parlamentario como la interpelación y censura a ministros y el control político que ejerce el Congreso sobre los funcionarios del Poder Ejecutivo y de otros organismos constitucionales pudiendo hasta destituir a los magistrados del Tribunal Constitucional, como lo hicieron en mayo de 1997 (Fueron destituidos los entonces magistrados: Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo de Marsano).

El período congresal es de cinco años pudiendo ser reelectos en forma ilimitada y lamentablemente no se considera la censura ciudadana o la revocatoria para estos altos funcionarios del Estado.

El Poder Judicial está organizado, estructurado, sus potestades, funciones, y garantías son similares a las de la carta de 1979.

Cuentan con principios y derechos de la función jurisdiccional normada en el artículo 139 de la Carta política, los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Público son designados, removidos, ratificados y destituidos por el Consejo Nacional de la Magistratura. Los Jueces de Paz no Letrados deben provenir de elección popular.

El Poder Judicial junto con el Jurado Nacional de Elecciones y el propio Tribunal Constitucional ejercen el control difuso de las leyes, en aplicación del principio de jerarquía normativa, expresamente

legislado en el artículo 138 de la Constitución.

Es necesario indicar que el control concentrado de las leyes, es tarea exclusiva del Tribunal Constitucional y que este organismo supremo es el intérprete de la Constitución y defensor del principio de supremacía establecido en el artículo 51 de la Carta vigente.

La separación de poderes y el equilibrio de los mismos durante los últimos 27 años (1980-2007), se han cumplido en forma relativa, considerando que en los gobiernos democráticos de la década del ochenta al noventa tanto del arquitecto Fernando Belaúnde y del doctor Alan García ha existido un predominio del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes del Estado y con ello se ha acentuó el sistema presidencialista.

Durante la última década 1990-2000 la separación y el equilibrio de los poderes quedo desplazada ya que una cúpula de gobierno cívico-militar integrada por el señor Fujimori, el señor Montesinos y el general Hermoza Ríos fueron los que gobernaron el país imponiendo leyes, debilitando al sistema democrático y desnaturalizando el equilibrio de poderes con normas controladoras del Poder Judicial (Consejo Ejecutivo) y del Ministerio Público (Consejo Ejecutivo) y con una intervención directa al Tribunal Constitucional, que lamentablemente estuvo sometido a las ordenes de esta cúpula cívico-militar.

Producida la salida del gobierno y la renuncia abrupta e inconstitucional del señor Fujimori desde el Japón vía fax, se instauró el gobierno transitorio presidido por un demócrata como fue el doctor Valentín Paniagua. Durante los casi nueve meses de Gobierno podemos considerar que la separación y el equilibrio de poderes el Estado se respeto conforme a la Constitución.

Durante el gobierno del doctor Alejandro Toledo Manrique (2001-2006) hubo una presencia determinante del Poder Ejecutivo sobre el control político del Estado, pero hay que reconocer que el Congreso de la República, le fue adverso en varias oportunidades a las decisiones del gobierno de turno, ya que el partido Perú Posible, no contaba con mayoría en el Parlamento, a pesar de su alianza con el grupo político minoritario del FIM, liderado por el señor Fernando Olivera.

Durante el Gobierno del doctor García que ha finalizado el pasado 28 de julio, es necesario resaltar que la separación y el equilibrio de poderes se ha respetado, ya que en las decisiones de los poderes Ejecutivo y Legislativo no ha existido, ni se ha producido un desequilibrio en la función estadual.

6. El ejercicio de derechos y libertades políticas en el constitucionalismo peruano

La Constitución de 1823, la primera carta del Estado peruano en lo referente al ejercicio de derechos y libertades, hizo referencia a las garantías constitucionales que estaban expresamente normadas en

el artículo 193, donde se legislo que eran inviolables, la libertad civil, la seguridad personal y de domicilio, la propiedad, el secreto de cartas (de comunicaciones) el derecho de petición, la libertad de opinión, la denominada fama del individuo (honor del individuo), la libertad de imprenta y el libre ejercicio de las actividades productivas como la agricultura, la industria la minería, el comercio y por último consagro el principio de igualdad ante la ley.

Las autoridades políticas se encontraban en la obligación de respetar el pleno cumplimiento de estas libertades y derechos constitucionales.

A su vez quedo abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel. El Código criminal así lo establecía en el artículo 115, «Limitó en cuanto sea posible la aplicación de la pena capital, a los casos que exclusivamente la merezcan».

La inviolabilidad de domicilio estuvo presente en la carta de 1823 en el sentido que nadie podía allanar la casa de ningún peruano, salvo orden de las autoridades judiciales (artículo 118).

En cuanto a la libertad personal los detenidos deberían conocer de la causa de su arresto dentro de un plazo no mayor de veinticuatro horas.

Constitución de 1826, esta carta que pretendió contar con un presidente vitalicio, regulo lo referente al ejercicio de derechos y libertades políticas y se refirió a las garantías en general, las expresamente normadas del artículo 42 al 149. Estuvo presente la libertad civil, la de propiedad, seguridad individual.

Asu vez, en el artículo 142 se hizo referencia al principio de igualdad ante la ley, pero sin distinguir en que materias como si lo determinan las constituciones de 1979 y 1993, los peruanos tenían derecho a comunicarse, a opinar y podían ejercer la libertad de imprenta sin censura previa, en este extremo la censura prospero y por ende la libertad de imprenta estuvo restringida. De igual forma reguló sobre la inviolabilidad de domicilio y sobre la libertad de trabajo y protegió los llamados derechos de propiedad intelectual y artística (artículo 149).

Constitución de 1828, la Constitución rectora de la era republicana, garantizo la presencia del ejercicio de libertades y derechos públicos en sus artículos del 149 al 172.

Dentro de las garantías se contaron con los de la libertad civil, el respeto a la propiedad, lo vinculado a la seguridad individual y el principio de igualdad ante la ley.

Estableció que nadie podía nacer esclavo en la república y no se debía tolerar la limitación a la libertad por razón de raza, lamentablemente esta libertad estuvo restringida y se incumplió hasta la década de 1850, en que Ramón Castilla liberó de la esclavitud en forma definitiva a la raza negra.

A su vez legisló sobre el secreto domiciliario, el acceso a los trabajos públicos, el libre tránsito, la libertad de opinión, la libertad de imprenta, el de acceder a la justicia para terminar sus diferencias por medio de jueces y de igual manera este texto liberal para la época se ocupó de que todo ciudadano tenía derecho a la buena reputación y protegió los derechos sobre las invenciones y producciones que hasta hoy están debidamente cautelados por el sistema jurídico. Garantizó la instrucción primaria gratuita en las escuelas públicas de derecho social plenamente vigente y protegió los derechos políticos y civiles de los peruanos para fortalecer al sistema democrático.

Esta Carta por primera vez se refirió a la figura de la retroactividad en su artículo 151, pero no precisó en que materias.

Constitución de 1834, La Constitución dada por el ciudadano Luis José Orbegozo, legisló sobre estas libertades y derechos políticos y las consideró como garantías constitucionales desde el artículo 144 al 168.

Reiteró lo relacionado a la retroactividad de la Ley, normada en la carta de 1828, hizo referencia a las garantías del debido proceso, como es el derecho a la legítima defensa (artículo 150), reiteró el pleno ejercicio de libertades y derechos políticos normados en la Carta de 1828 e incorporó el principio constitucional hasta hoy vigente que nadie está obligado a hacer lo que la ley no mande ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (artículo 144).

Esta Carta de 1834, recogió lo legislado en las anteriores constituciones en el sentido que todo ciudadano que estaba en la obligación de contribuir con el sostenimiento del Estado a través del pago de los denominados hoy tributos (artículo 168).

Constitución de 1839, que fue debatida y promulgada en Huancaayo por el denominado restaurador del Perú y benemérito de la patria don Agustín Gamarra.

Esta Carta reguló a las garantías individuales, desde su artículo 154 hasta el artículo 182, en ellas no sólo se refirió a derechos y libertades individuales, sino también a las garantías constitucionales para el ejercicio del gobierno democrático y reitero las ya normadas en la Constitución madre de 1828.

Constitución de 1856, la Constitución dada por el libertador Ramón Castilla y gran Mariscal de los ejércitos de Ayacucho y Junín, normó sobre las garantías individuales que guardan correlación y coherencia de principios y normas con los derechos y libertades políticas, las que estuvieron ya establecidas desde la Constitución de 1828 entre las que destacamos la inviolabilidad de domicilio el secreto de las comunicaciones, el derecho a asociarse la libertad de opinión y la libertad de imprenta, el principio de igualdad ante la ley, la no aplicación de la pena de muerte, el principio de la retroactividad de la ley sin mencionar en que materias como si lo normó la Constitución de 1979 (materia penal, laboral y tributaria) y que la actual

Constitución de 1993 aplica la retroactividad benigna sólo en materia penal, en lo que el favorezca al reo.

La Constitución de 1860, la segunda Constitución dada por el libertador Ramón Castilla y que es la que ha tenido mayor vigencia en el tiempo, (más de cincuenta y nueve años) se ocupó de las garantías individuales desde su artículo 14 al 32.

En su contenido tanto de principios como de alcance normativo constitucional, se reitero lo normado en forma expresa en la Constitución de 1856, la que recogió sus principales innovaciones en materia de garantías individuales de la Carta Política de 1828.

La Constitución de 1867, esta Ley magna dictada por el presidente provisorio de la República Mariano Ignacio Prado tuvo un plazo escaso de vigencia de tan solo cuatro meses y ocho días (agosto de 1867 - enero de 1868), lo normado en relación a las garantías individuales estuvo plasmado del artículo 13 al artículo 31 de la referida carta.

Las libertades y derechos político son similares a los expresados en la segunda Constitución dada por Ramón Castilla de 1860.

La Constitución de 1920, en su título tercero, se normó lo vinculado a las garantías individuales desde su artículo 22 al 36, en forma expresa se legisló que «no hay, ni puede haber esclavos en la república» (artículo 22). Esta disposición constitucional se vino acatando desde el gobierno de Ramón Castilla.

En su artículo 23 normó que «Nadie podía ser perseguido ni por sus ideas ni por sus creencias». Este mandato constitucional durante el gobierno de Leguía (1919-1930) fue abiertamente incumplido, ya que miles de peruanos fueron arrestados y deportados, hasta asesinados por razón de sus ideas políticas.

Se legisló lo relacionado a la libertad de tránsito, a la inviolabilidad de domicilio, a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la libertad de imprenta, a la libertad de asociarse y reunirse en forma pacífica, así como a la libertad de opinión.

Estas libertades políticas fueron duramente restringidas por la dictadura liderada por Augusto Leguía. Dentro de las garantías individuales aparece el Hábeas Corpus como recurso, incorporado en la legislación peruana un 27 de octubre de 1897 adquiriendo categoría constitucional con la carta de 1920 (artículo 24).

Esta Constitución a su vez también mencionó las llamadas garantías sociales que estuvieron normadas desde el artículo 37 al artículo 58.

Constitución de 1933, esta Carta constitucional promulgada por el general Sánchez Cerro, contemplo a las libertades y derechos políticos dentro de las denominadas garantías individuales, que estuvieron expresamente legisladas del artículo 55 al 70.

Los Constituyentes de 1933 introdujeron en su artículo 53, la restricción a las libertades políticas de orden ideológico y generaron discriminación y atentaron al principio de igualdad contra aquellos peruanos que eran integrantes de partidos políticos de organización internacional y llegaron al extremo de impedir que los integrantes de estas colectividades políticas no pudieran desempeñar cargo políticos alguno (APRA y Partido Comunista).

Las garantías individuales que no sólo estuvieron legisladas en los artículos antes mencionados, sino también en los artículos 27 y 29, se refirieron a las libertades y derechos políticos ya mencionados.

La pena capital se aplicó no sólo por traición a la patria, sino también por homicidio calificado (artículo 54).

En este último extremo en el caso de Arequipa, fue fusilado Víctor Apaza, por disposición de un Tribunal Penal, por haber cruelmente asesinado a su pareja.

Un aporte significativo fue el referido al voto femenino y al voto de los extranjeros en los procesos electorales municipales.

Constitución de 1979, la Constitución de 1979 incorporó y categorizó a los Derechos Fundamentales y en su artículo segundo en forma expresa reconoció el respeto a principios libertades y derechos que le incumbe a todo individuo peruano o extranjero que reside en su territorio.

El principio de igualdad ante la ley se desarrolló detallando que no debía tolerarse discriminación por sexo, raza, religión, opinión política o idioma.

La igualdad de género se plasmó en esta carta política y se reconoció a la mujer derechos civiles, sociales, patrimoniales, culturales y políticos en igualdad de condiciones de los varones, se habló de la libertad de conciencia y religión y no se podía tolerar persecución alguna por razón de sus ideas y creencias y por ende se desterró la nefasta discriminación legislada en el artículo 53 de la Constitución dada por el general Sánchez Cerro, las libertades de información, opinión, expresión y difusión, fueron debidamente desarrolladas constitucionalmente, la libertad de imprenta fue ejercida como la de prensa sin limitación alguna, salvo en los períodos (1992 al 1993) durante el gobierno de facto del ex presidente Fujimori, estuvo presente la libertad de creación intelectual, artística y científica y el Estado asumió la obligación de cautelarla.

La inviolabilidad de información como de domicilio, se aplicaron sin mayores inconvenientes salvo durante el gobierno de facto ya mencionado.

Los peruanos pueden y pudieron reunirse pacíficamente sin armas y asociarse y crear fundaciones sin fines de lucro, con la finalidad de promover el desarrollo social y cultural, existió la libertad de trabajo y la protección a la propiedad y a la herencia, pudieron aso-

ciarse en forma individual para participar en la vida política económica, social y cultural de la nación.

El acceso a la justicia no se restringió y nadie podía ser despojado de su nacionalidad, sin previo proceso.

Las libertades y seguridades personales estuvieron legisladas en el artículo 2, inc. 20 entre las que destacamos, la que nadie puede ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley o que toda persona es inocente, mientras no sea declarada judicialmente su responsabilidad.

Se incorporaron las llamadas garantías constitucionales, a través de la Acción de Amparo y el Hábeas Corpus y se pudo interponer recursos de inconstitucionalidad contra aquellas leyes que violaban la Constitución y el órgano competente era el Tribunal de Garantías Constitucionales, quien ejercía control concentrado.

El ejercicio de los derechos sociales, culturales, políticos, patrimoniales fueron ejercidos durante la década de 1980 y 1990, sin restricciones algunas.

Los derechos sociales incorporados en la carta de 1979 son producto de la influencia positiva de las constituciones de Querétaro de 1917 y la Constitución Alemana de Weimar de 1919.

Constitución de 1993, a pesar de los antecedentes negativos del Congreso Constituyente de 1993, reconoció el gran aporte de la Asamblea Constituyente de 1978, presidida por el insigne peruano Víctor Raúl Haya de la Torre y que contó con el aporte inteligente y sesudo de peruanos de la talla de Mario Polar, Roberto Ramírez Del Villar, Luis Alberto Sánchez, Ramiro Priale, Ernesto Alayza, Jorge Del Prado, entre otros, en lo relacionado a los Derechos Fundamentales y a su categorización de los mismos y donde se destacan materias en aspectos de seguridad social, aspectos laborales, educativos, culturales y también los llamados derechos políticos.

Los Constituyentes de 1993 ratificaron lo normado en la Carta de 1979, en relación a libertades y derechos políticos.

En lo vinculado a las garantías constitucionales se ampliaron las mismas y aparecieron nuevos procesos constitucionales, el hábeas data (Amparo especializado, según Francisco Eguiguren). El Proceso de Cumplimiento que a nuestro entender no justifica tener categoría de proceso constitucional y que ha debido quedarse en el ámbito de un proceso eminentemente administrativo y el proceso de conflicto de competencia.

El Tribunal Constitucional, es el supremo órgano encargado del control concentrado que está en manos de siete peruanos que son elegidos por el Parlamento y que se encargan de resolver los procesos constitucionales expresamente normados en el Código Procesal Constitucional.

En relación a la retroactividad benigna, la Carta del 93 difiere de la carta de 1979 en el sentido que sólo es aplicable en materia penal, en lo que el favorezca al reo y ya no en materia laboral o tributaria como sí lo dispuso la Constitución de 1979.

Finalmente no podemos dejar de mencionar cuál fue el comportamiento de los gobiernos democráticos y de facto durante el período de vigencia de la presente carta del 93, es necesario precisar que durante la década del noventa (1990-2000), en que gobernó el ingeniero Alberto Fujimori luego de producido el autogolpe de Estado el 5 de abril de 1992 donde se quebró el régimen democrático y constitucional, las libertades y derechos políticos se restringieron, se incumplieron y quedaron desplazados, producto de ello hubo matanzas, homicidios calificados, producidos por el propio gobierno y que hoy se están ventilando en los tribunales de justicia y en las comisiones investigadoras del Congreso de la República. Con la caída del régimen dictatorial liderado por el señor Fujimori y asesorado por el reo Vladimiro Montesinos; se instauró un Gobierno provisional en noviembre del dos mil presidido por el doctor Valentín Paniagua quien entregó el mando conforme al mandato constitucional el 28 de julio del 2001 al doctor Alejandro Toledo. Durante los gobiernos democráticos de Valentín Paniagua y Alejandro Toledo (2001-2006). Las libertades y derechos políticos no se han visto vulneradas y hubo un respeto al régimen democrático y al sistema jurídico.

Durante el Gobierno constitucional fenecido el pasado 28 de julio y que presidió por segunda vez el doctor Alan García Pérez, las libertades, los derechos políticos y las garantías constitucionales, no han sido atropelladas, ni resquebrajadas, ni menos quebrantadas, existió un pleno respeto a los Derechos Fundamentales.

El Gobierno recientemente instalado el 28 de julio, que preside el Sr. Ollanta Humala Taso, se ha comprometido ante el Congreso de la República y en presencia de 13 jefes de Estado y de Gobierno, a respetar al Estado Constitucional y por ende el ejercicio democrático de libertades y de Derechos Fundamentales y constitucionales. Consideramos que el gabinete presidido por el Sr. Salomón Lerner e integrado por el jurista Francisco Eguiguren (Ministro de Justicia), se convierten en impecables garantes del fiel cumplimiento al sistema y al ordenamiento constitucional.

DERECHOS HUMANOS PARA PRINCIPIANTES

JUAN CARLOS VALDIVIA CANO

1. Marco histórico

No parece impertinente que alguien se ocupe, aún de manera inicial, hipotética y sucinta, de este asunto: los Derechos Humanos no están internalizados en la conciencia o sub conciencia de la mayoría peruana, no son parte de su identidad, de sus creencias, valores o paradigmas. ¿Por qué esta mayoría (incluidos muchos profesores de derecho) no internaliza los valores implicados en los Derechos Humanos, que son principios generales de derecho y de comportamiento humano para el Perú? ¿Por qué no se vuelven asunto personal en el Perú? ¿Por qué no se vuelven nuestros? El alma predominantemente católica y tradicionalista siempre preferirá sus valores en caso de incompatibilidad con los valores modernos. Y no es infrecuente. Algunos peruanos trataron de conciliarlos infructuosamente: sus principios mutuos son incompatibles. Y de ahí la mescolanza y la inconsistencia (se busca la modernidad sin dejar el tradicionalismo, por así decirlo). La cuestión entre nosotros es quién educa al educador, quién moderniza al modernizador, quién democratiza al democratizador.

Si, como dijo DOUGLAS NORTH, alguna vez invitado por la ESAN en 1994, lo decisivo en la vida social son los esquemas mentales, paradigmas, creencias o valores de aquellos que toman las decisiones, se deberían estudiar con más detalle las dificultades ideológicas para el arraigo social de los Derechos Humanos en países como el nuestro, cuya colectividad se funda en valores básicamente pre modernos: tradición, pasado, autoridad, orden, repetición, etc. Queremos contribuir, junto a otros, a pensar en los problemas de Derechos Humanos desde la perspectiva de la educación del niño y del adolescente en un contexto específico: el hispano andino.

En el Perú se requiere una pedagogía básica y de calidad para niños y adolescentes, sobre derechos constitucionales o humanos, por-

que no la hay: una cultura cívica, que no hay que confundir con la «educación cívica» del colegio, que no es educación y no es cívica, que se mezcla con una pedagogía tradicional (basada en valores incompatibles con los valores democráticos) que siempre deviene predominante. Una cultura cívica se basa en los derechos de los ciudadanos, está fundada en los valores que se suponen de todos ellos sin excepción: los valores constitucionales: dignidad, igualdad, libertad. Se llaman cívicos de *civitas*, de ciudad, de ciudadano: es decir, de quien ha aprendido a convivir con otros seres libres e iguales ante el derecho en la ciudad: civilizado. No hay ni podrá haber una «cultura cívica» en el Perú, mientras a los niños peruanos se les ofrezca un mal y corto simulacro de «educación cívica» y catecismo a todo pasto juntos y revueltos. La cultura cívica no se puede fundar en valores tradicionales propios de «hijos de la Contrarreforma»¹, es decir, de seres bien poco democráticos en todas las esferas de la vida social, política, laboral, doméstica, cultural, educativa, etc. ¿Se revisan críticamente los paradigmas realmente existentes en educación?

Una cultura que no confunda Derechos Humanos, basados en valores modernos (dignidad, libertad, igualdad de derechos, por ejemplo) con la caridad o la compasión cristiana por los pobres o desheredados, el paternalismo o asistencialismo, como ocurre en algunas instituciones o grupos políticos. Esa confusión se transmite y se vuelve imagen mayoritaria y los Derechos Humanos integralmente entendidos, se vuelven fantasmales, porque se reduce el todo a un aspecto excluyente: desde la derecha, la izquierda y el centro. Sin embargo, la libertad y la dignidad no pueden excluirse en aras de la igualdad, como ocurre en Cuba por ejemplo. Y no es lo mismo valores democrático liberales que valores cristianos, aunque sean de izquierda. No se puede ser demócrata sin amor por la libertad, porque la democracia es un sistema político que está hecho para protegerla y promoverla. Como decía el excelente escritor peruano Rafael León: «La mayor dificultad que enfrentan los grupos que promueven los Derechos Humanos es la imagen que proyectan ante la opinión pública». ¿Cuál es esa imagen? Justamente, la de la izquierda cristiana. Esa que representan en forma brillante Susana Villarán (alcaldesa de Lima) o Rocío Silva Santisteban (nueva secretaria de la Coordinadora Nacional de Derechos Humanos en el Perú). Hay un sesgo muy fuerte hacia la igualdad, en detrimento de la dignidad y la libertad, que colisionan con el catolicismo a la peruana. Habría que pensar primero en los escollos decisivos que hay que vencer para despejar el camino hacia la internalización de valores modernos y la construcción de una sociedad desarrollada o civilizada a la peruana. Lo que es seguro, y parece consensual, es que la educación es el factor determinante; en consecuencia los niños y adolescentes constituyen la humanidad esencial, el campo en él hay que trabajar por una cultura cívica de verdad.

¹ OCTAVIO PAZ, *El alba de la libertad*, La Gaceta del FCE, núm. 46, México, p. 34.

La democracia es un sistema basado en la protección de la libertad de las personas, no en los valores pre republicanos que aún están vivos y coleando. Una educación cívica es una educación a partir de los valores de la constitución democrática republicana. Este trabajo quiere centrarse en esos principios esenciales de la Constitución, pensando en ese enorme público infantil y juvenil peruano que no tiene mucha idea de ellos por las razones que dimos antes y porque los canales de difusión no existen o están bloqueados o distorsionados o no hay emisor interesado. No quiere ser un trabajo de vulgarización (democratización no debe ser sinónimo de vulgarización) aunque pretende ser lo suficientemente claro para ponerse al alcance de ese público estudiantil en formación, que jamás ha tenido una educación cívica.

Y si de repensar en los Derechos Humanos en relación a niños y adolescentes se trata, no se puede soslayar en esta reflexión la infaltable e indiscernible visión del mundo y de la vida del que defiende, reflexiona, habla, escribe, ataca, u opina sobre ellos, la perspectiva involucrada en sus ideas y actitudes respecto a esos derechos: sus paradigmas. Esto también se suele llamar «ideología», pero hay que aclarar el sentido en cada caso. Son, o no, sinónimos, dependiendo de lo que entendamos por «ideología». Unos usan el vocablo como sinónimo de cosmovisión, ni más ni menos. En este caso los conceptos permanecen indiferenciados. Pero también se usa el término «ideología» en forma más restringida, en sentido peyorativo o despectivo, según la tradición hegeliano marxista (como falsa conciencia, enajenación, manipulación, adoctrinamiento, etc.).

En el primer caso (la ideología como sinónimo de cosmovisión) no hay ningún problema, porque todos tenemos una y en ello no hay nada reprochable. Es inevitable además. Pero no todos, aunque si una enorme mayoría nacional, siguen una (abigarrada) ideología en sentido peyorativo, como doctrina, como dogma eclesiástico. Y es que la educación mayoritaria es dogmática, acrítica, autoritaria, repetitiva, tediosa, etc. Sin embargo, no todos los seres humanos están «ideologizados», «adoctrinados», «concientizados», etc., en este segundo sentido. Y muchos que lo estuvieron ya no lo están: la crítica y la autocrítica los sacaron de ese estado mental.

El nombre no es lo importante, sino el actual fenómeno masivo de manipulación, agravado con la potencia de los medios visuales, generalmente mal utilizados en nuestros países. También del tema de los Derechos Humanos se puede hacer una ideología. Sin crítica y autocrítica, sin constante renovación, aún los defensores de causas nobles se pueden dogmatizar y burocratizar y los Derechos Humanos banalizarse y volverse inocuos en manos de la politiquería.

Mucho de lo más avanzado en Derechos Humanos se da, sin duda, en la lucha por los derechos reproductivos y sexuales, en los problemas de bio poder vinculados, no por casualidad, con las actividades médicas, la salud y el cuerpo. Y pone en cuestión las creencias

más hondas de las sociedades seudo modernas, pre modernas o modernas en el meollo de sus paradigmas esenciales y en su cuerpo y su vida misma. En una sociedad que se considera democrática, esas discusiones deben tener como criterio fundamental los valores prioritarios de la Constitución: la libertad, la dignidad, la igualdad de derechos o no discriminación. Lamentablemente ese no es nuestro caso. Se aceptan «argumentos» extra jurídicos (morales y religiosos por ejemplo) en discusiones que son exclusivamente jurídicas, especialmente en toda la temática respecto al bio poder.

El abordaje del problema puede ser muy específico, como en este caso, tratando de que el punto elegido se expanda lo suficiente como para lograr una visión más comprehensiva y concreta de los Derechos Humanos, sin dejar de pensar en un público bisoño. En este caso el punto es «el núcleo de los Derechos Humanos», ese cogollo de valores sobre el que existe un consenso en los países democráticos: «el núcleo de certeza», le llaman otros. Es innegable que con la noción de «Derechos Humanos» hay problemas de ambigüedad, de connotación y denotación, de polisemia y sinonimia, etc. Hay confusión en relación a términos semejantes, como «derecho natural», «derechos individuales», «derecho moral», etc. Pero dejamos momentáneamente irresuelta la polisemia para ir directo al grano: hay un «contenido mínimo»², o «puntos comunes» o «coordenadas»³. Me gustaría ocuparme en esta ocasión de este «núcleo de certeza» y de algunos pocos conceptos que tratan de esclarecerlos y nada más. En él no pueden faltar la dignidad, la libertad y la igualdad de derechos, que es donde nos vamos a centrar (la solidaridad es un sentimiento, no todos lo sienten y no se puede obligar jurídicamente a ser solidarios o buenos y justos. Es cuestión de educación, no de poder). Aunque esto no agota la lista, que es y está siempre abierta. No se da que un demócrata descarte alguno de estos principios jurídicos, los mismos que reinterpretados en cada época siguen haciendo de fundamentos de la vida moderna o postmoderna. Para que lo sean también de los peruanos es necesario que se internalicen en la vida colectiva. Es un problema de educación y, como dijimos, el grupo esencial al que se debe dirigir esa educación que se expresa como cultura cívica es al de los niños y adolescentes. Una «cultura de la libertad» como la llama Mario Vargas Llosa.

Si hubiera consenso sobre este «núcleo de certeza» o «contenido mínimo», ya mencionado, podríamos ir con mayor seguridad hacia una noción de Derechos Humanos menos confusa, porque estaremos en capacidad de descartar las definiciones que no consideren este núcleo. Contribuir a despejar la ruta para evitar el abuso ideológico, político y lingüístico que se da con respecto a la expresión «Derechos

² LUIS PRIETO SANCHIS, *Sobre principios y normas. Problemas de razonamiento jurídico, Cuadernos y debates*, Centro de estudios constitucionales, Madrid, 1992.

³ CARMEN BARRANCO AVILÉS, *El discurso de los derechos*, Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Dykinson, 1996.

Humanos». En la mayoría de países hispano-andinos se ignora lo que significan exactamente, salvo excepciones muy exiguas, pero además hay confusión y distorsión de sentido.

Uno de esos rasgos que hacen que podamos hablar de la existencia de los Derechos Humanos es el referente a una situación histórica determinada, de tal manera que si a los Derechos Humanos se les colocara en «un marco histórico que les es ajeno», por ejemplo en un marco teocrático (como el Imperio Incaico) se convertirían en algo distinto, como señala CARMEN BARRANCO. Es decir, en algo que no son Derechos Humanos sino otra cosa que tal vez no pueda considerarse siquiera como «derechos». Los Derechos Humanos no son meras normas legales dadas por el poder constituido, sino Principios Generales de Derecho basados en valores democráticos, dados por el poder constituyente. Esos principios son «conceptos o proposiciones que informan la creación, aplicación, estructura y contenido de las normas jurídicas»⁴.

¿Qué otros elementos contiene ese núcleo? Por lo menos para LUIS PRIETO SANCHÍS, el primero es que los Derechos Humanos constituyen «el vehículo que, en los últimos siglos, ha intentado conducir determinadas aspiraciones importantes de las personas, desde el mundo de la moralidad a la órbita de la legalidad»⁵. Aunque en general estoy de acuerdo con esta idea del reconocido jurista español, personalmente interpreto sus palabras como un paso del mundo ideológico medieval al mundo de las modernas convicciones éticas provenientes de la filosofía moderna, a partir de la Reforma y la Ilustración: la órbita moderna de lo jurídico, distinta de la moral y la religión. «La moral es el conjunto de valores y de conductas que una persona o una sociedad sanciona como positivas o negativas; la ética, por su parte, es la reflexión del por qué son esas conductas y no otras [...]. La moral es algo más bien fáctico; es aquello que de hecho se respeta y se acepta como bueno acríticamente, sin comparación con los valores de los vecinos y sin búsqueda de fundamentación. La ética, por el contrario, intenta fundar y, a la vez, orientar las comparaciones [...]»⁶.

«Fundar» y «orientar las comparaciones» es lo ético. La ética democrática es moderna, la moral es tradicional o pre moderna. Y como en este caso no hay sinonimia entre ética y moral, «moral» no sería la palabra adecuada, ya que aquí está asociada a la religión. Aparte de que esta palabra es tan polémica, que LUIS PRIETO tendría que hacerla explícita para saber a qué atenernos. No he encontrado esa aclaración en su texto. Por ello uso «convicciones éticas» y no «moral». Todo lo cual implica hacer una aclaración respecto a los términos ética y moral, aunque sea muy esquemática y subjetiva y aunque FER-

⁴ MARCIAL RUBIO CORREA, *El sistema jurídico*, Fondo Editorial PUCP, Lima, 2003.

⁵ Ob. cit.

⁶ FERNANDO SAVATER, *Los caminos para la libertad, Ética y educación*, FCE, México, p. 73.

NANDO SAVATER ya lo haya aclarado perfectamente líneas antes.

En nuestro mundo hispano-andino hay colisión y diferencia sustancial entre las normas morales (que se nos da por tradición y educación, que internalizamos acríticamente en la infancia, y que se basan en la obediencia y la sumisión a la autoridad, al orden, a la tradición, o al pasado) y los valores modernos: libertad, igualdad de derechos, dignidad, solidaridad, etc. No sólo son diferentes sino demasiadas veces incompatibles. Esos valores modernos están explícitos e implícitos en las Constituciones modernas: republicanas o monárquico constitucionales.

Un botón de muestra de esa incompatibilidad entre valores morales tradicionales y valores modernos, es que nuestra Constitución moderna protege la libertad de creencia, de pensamiento y de conciencia (artículo 2, numeral 3) y una ley (Código de los Niños y de los Adolescentes artículo 11) prescribe el respeto a la libertad de conciencia y de pensamiento de los niños y adolescentes. No autoriza a imponer ideas religiosas a los padres sino a «guiar» a los hijos en ese asunto, que no es lo mismo, empero, la mayoría de peruanos impone a sus hijos su propia religión. Imponer una religión es actuar inconsultamente sin que importe la voluntad del niño aún cuando se actúe de buena fe. Y contra el artículo 2 de la Constitución peruana.

Por eso cuando hay incompatibilidad de valores la mayoría elige, conscientemente o no, según su moral, no conforme a la ética inmersa en la Constitución, es decir, a los valores democráticos, liberales y sociales, los cuales son dejados de lado olímpicamente como si no existieran. Al inculcar la propia religión a sus hijos, eliminan la posibilidad de que sean ellos mismos quienes decidan algo tan importante a la edad adecuada y no a los cuatro o cinco años. Esos valores modernos están reconocidos. La libertad de conciencia, es incompatible con la imposición ideológica aunque sea con cariño y buena fe. Y los colegios completan el trabajo. Y alguien replicará que si los padres no le inculcan la religión otros se encargaran de hacerlo de todas maneras. Probablemente, pero no serán los padres quienes lo hagan y eso será decisivo en su psicología, en su educación y en su vida: que sus propios padres no le impongan su religión (o su ateísmo) y elijan su libertad.

¿No eran humanos los derechos antes de la revolución democrática europea? Había o no derecho (si lo definimos previamente) pero no Derechos Humanos, es decir, derechos para todos por igual. Cuando unos tienen derechos y otros no, esos ya no se llaman derechos estrictamente sino privilegios y violan el principio de igualdad ante la ley. Los Derechos Humanos se crean para todos los seres humanos sin excepción, esto es lo novedoso y revolucionario en su momento: ni privilegios ni discriminación sino derechos para todos. Como dice MARCIAL RUBIO CORREA, «a nadie se le puede decir tú no eres persona». A nadie se le puede decir tú no tienes derechos. Lo que reconoce el artículo uno de la Constitución no es al animal racional sino a la

persona, al ser singular y único que somos cada uno de los seres humanos.

La ética moderna no es vertical, como la moral, sino «paralela»⁷. No cae del cielo ni brota de la naturaleza. Son reglas humanas para seres humanos basadas en valores, intereses o necesidades humanas. Han sido creadas históricamente y tienen que ser inculcadas, no son naturales. En contextos como el nuestro solo podemos hacerlas nuestras a través de la educación, para volverlas alguna vez, cuando lo decidamos, convicción íntima, especialmente tratándose de niños y adolescentes. SAVATER también recuerda en el texto citado que «para los griegos democracia y *paideia*, democracia y educación, estaban forzosamente unidas y deberían estarlo también para nosotros»⁸. No hay seres humanos más importantes para la educación que los niños y adolescentes.

Esas convicciones, en el caso de los Derechos Humanos, fueron producto de la sensibilidad de ciertos espíritus europeos modernos, capaces de hacer conciencia crítica de su realidad histórica y social y sus respectivas necesidades y de proponer nuevos valores a partir de un nuevo derecho. Se plasmaron primero en la Enciclopedia como conceptos ético políticos (teórico-subjetivos), es decir como filosofía política. NORBERTO BOBBIO recuerda algo que no se tiene muy en cuenta cuando todavía, a estas alturas, se habla de «derecho natural»: «Las declaraciones nacen como teorías filosóficas. Su primera fase debe buscarse en la obra de los filósofos y no en la naturaleza»⁹. Lo señalamos porque, en nuestro medio, un cierto jusnaturalismo campea: más pre moderno que moderno, más inconsciente que consciente. Es una de las causas de confusión con respecto al carácter de los Derechos Humanos.

2. El núcleo de certeza: dignidad, libertad, igualdad

Lo que fue teórico subjetivo en un momento —filosofía ético política— con el tiempo se expresa en declaraciones jurídicas, es decir, prácticas ético políticas, derecho positivo, como las Constituciones americana y francesa a fines del siglo XVIII. En éstas se plasmaron las ideas de Locke, de Rousseau, de Kant, de Montesquieu, de Diderot, de Voltaire, etc. Aunque para producir una revolución política democrático liberal, tuvieron que arraigarse en el espíritu popular en forma de intereses y anhelos. Fueron hechos sociales que se convirtieron en reflexión e ideas en las cabezas de los filósofos, que luego debían volver al pueblo a través del derecho o en forma de filosofía política, de ideología burguesa (sin sentido peyorativo) como derechos del hombre y luego Derechos Humanos; más allá del gru-

⁷ GILLES DELEUZE, *Spinoza: Philosophie pratique*, Ed. de Minuit, Seuil, París, 1968.

⁸ Ob. cit.

⁹ NORBERTO BOBBIO, *Sobre los fundamentos de los derechos humanos*, *Gaceta*, núm. 4, año IV, Publicación mensual de la Comisión de Derechos humanos del Distrito Federal, México, p. 62.

po social que le dio origen.

El segundo elemento de ese núcleo es que los Derechos Humanos, como acota Luis Prieto, «asumen una cualidad legitimadora del poder, se erigen en reglas fundamentales para medir la justificación de las formas de organización política». Y esto corrobora una vez más nuestra pre modernidad política, en la práctica no le damos esa «cualidad legitimadora del poder» a los Derechos Humanos, porque otros son nuestros valores. Y CARMEN BARRANCO agrega: «La asunción de este contenido (núcleo de certeza), supone entender los derechos fundamentales como requisitos de realización del ser humano, que el Poder Político debe satisfacer para poder ser considerado legítimo»¹⁰. Todo esto es teórico, por supuesto, un deber ser, una utopía, si se quiere, en nuestro contexto cultural, pero no menos necesario y urgente. Quien ha entendido los Derechos Humanos como «requisitos de realización del ser humano» creo que ya ha empezado a entenderlos.

2.1. Dignidad

¿Por qué se considera la dignidad como fundamento de los Derechos Humanos? ¿Por qué está tratada en nuestra Constitución y en otras en su primer artículo? ¿Por qué esa eminencia? Antes hay que hacer presente, por si acaso, que no hablamos de «dignidad humana» porque la dignidad sólo puede ser humana y nada más. Decir «dignidad humana» es una redundancia. Sólo el hombre es digno en el sentido que se da a la palabra «dignidad» en la vida jurídica moderna, inspirada en la idea de Kant y que aún es «rara avis» en nuestra tierra. ¿Cuál es ese sentido? ¿Y por qué sólo el ser humano es digno? ¿Y digno de qué es el ser humano?

En tanto ser libre y consciente, actual o virtualmente, el humano moderno, emancipado de la tradición, del pasado y de toda autoridad mental, empieza a pensar con su propia cabeza y a considerar la posibilidad de estar solo como especie pensante y, por consiguiente, de ser único dueño de su destino, sin que esto signifique negar la influencia, el azar y las mil contingencias. Todo esto a partir de la idea moderna de que, en tanto especie e individualmente, es única, es decir, no clasificable: *sui generis*. Ni natural ni divina. Y así llega a la convicción que no sólo puede hacerlo de hecho sino que tiene derecho a decidir sus propios fines o metas, autónomamente. Es más, en tanto ser libre, no puede evitarlo; ya sea porque no puede soslayar decenas de decisiones diarias, o porque no va a permitir que otro u otros decidan por él, o porque de permitirlo sería también el producto de una decisión: la perezosa decisión de admitir que otros decidan por nosotros.

En pocas palabras, el hombre es digno o merecedor de señalar su propio destino, porque sabiéndose único e irrepetible, libre y consciente, no le queda otra opción. ¿Cómo permitir que otros nos señalen esos fines? ¿Cómo permitir que nos digan cómo debemos vivir?

Ni los padres, ni los apoderados u otras autoridades tiene potestad para ello. Sólo el ser adulto mismo, el ciudadano igual y libre, puede hacerlo, sólo él es digno. Si el principio de dignidad, tal como se le define, implica la idea de merecimiento, sólo el hombre merece su propio fin (su cuerpo, su espíritu, su vida y su muerte) y darse sus propias normas y medios para alcanzarlo.

El principio de dignidad es inédito jurídicamente hasta su consagración en las Constituciones modernas, en tanto válido para todos los hombres. Lo que significa que antes de esta época no hay Derechos Humanos. Y es que no son «inherentes a la naturaleza humana», como se dice, pues en tal caso hubieran existido desde las cavernas y en todas las comunidades humanas sin excepción. Son decisión y creación histórica. Y por eso no se llaman naturales o divinos sino humanos, del hombre y para el hombre. ¿Y, además, quien sabe cuál es la auténtica «naturaleza humana» que nos convenza a todos? ¿El ser humano es un ser natural?

Si esos derechos son «humanos» quiere decir que no hay excepciones, que son para todos los seres humanos, incluidos los peores delincuentes. Esa es una característica que los separa de todos los «derechos» pre modernos y es una garantía para protegerlos. Hasta ese momento (el de la revolución moderna, especialmente anglosajona y francesa) no todos los hombres eran considerados iguales ante el derecho, habían unos «más iguales que otros», no todos tenían libertad ni derechos. En realidad nadie los tenía, porque como el poderoso pre moderno, el señor de horca y cuchillo, tenía privilegios, los demás no podían tener derechos (una cosa niega a la otra). Y él no necesitaba tenerlos porque tenía las riendas reales del poder, el poder real, el poder de hecho, aunque sólo fuera de hecho. ¿Cómo hablar de dignidad en esa época?

Esto no es un reproche a las sociedades pre modernas, pues no podemos extrapolar nuestros valores aburguesados a etapas históricas del pasado. Es indebido y ridículo, por ejemplo, acusar a Gengis-Khan de autoritario. La dignidad, la libertad y la igualdad, como derechos comunes a todos los hombres, se dan sólo con la revolución moderna. Antes del siglo XV no había la idea de persona como ser único, irrepetible y singular, no había nada que proteger. Uno de los fenómenos sociales más importantes que produjo la modernidad en Europa y la hizo posible fue, por ello, el *principium individuationis*, el sentido de individualidad. No había, antes del Renacimiento, principio o fundamento jurídico válido para todos por igual, los campesinos no tenían los mismos derechos que la aristocracia, ni las mismas obligaciones, etc.

La dignidad, en suma, es el fundamento de los fundamentos, la red en la que se sostienen todos los Derechos Humanos. Sin ella no tienen sentido.

2.2. Libertad

Según ISAIAH BERLÍN, hay como mínimo doscientas nociones de

libertad. ¿Qué hacemos frente a esta explosión de sentidos? Si no estamos en capacidad o no es posible sintetizarlas, sólo queda escoger una o más nociones para aplicarlas en temas precisos de acuerdo a objetivos precisos y con conceptos todo lo más precisos que se pueda. Eso es lo que intentaremos aquí: tomar dos sentidos de la palabra libertad. Ni los únicos ni los más correctos, sino los que parecen pertinentes en este caso.

En primer lugar, la libertad es una capacidad de elegir, según la «condena» de SARTRE «el hombre está condenado a la libertad». Escogemos, decidimos todo el día, desde minucias hasta asuntos de vida o muerte. No podemos evitarlo, por acción u omisión; elegimos hacer o no hacer, decidir o no decidir. Creo que eso ha querido decir SARTRE. La otra idea de libertad está tomada de la antigua tradición griega estoica: libertad aquí significa tomar conciencia de las genuinas necesidades; o sea aquellas cuya satisfacción posibilitan la realización del ser humano específico, en todas sus potencialidades físico espirituales; individuales y colectivas.

Eso vincula la idea de libertad a la autoconciencia, al auto conocimiento, como su condición ineludible. Fue declarado en la antigüedad por el oráculo delfico. En la modernidad occidental se ha desarrollado como práctica sistematizada, como «ciencia». Solo la persona (auto) consciente puede conocer sus auténticas necesidades y liberarse de ellas al satisfacerlas. Esa idea de libertad se relaciona con la de responsabilidad. Debo respetar la libertad y los derechos del otro, si verdaderamente creo en la libertad y en los derechos. Esto no se da por un proceso natural, sino por educación: la infancia y la adolescencia son las etapas decisivas. No hay responsabilidad ni libertad sin consciencia. Los derechos suponen deberes; éstos están antes que los derechos para un buen ciudadano. El primer deber de un ciudadano, que no sea una especie de caricatura, es el de respetar los derechos de los otros.

Y la libertad también se relaciona con la responsabilidad gracias a la disciplina de las necesidades auténticas a satisfacer, porque también abundan las pseudo necesidades y hoy más que nunca en la historia humana. Es ético lo que satisface una necesidad genuina. Y este ir tras las auténticas necesidades nos disuade o evita ir tras las falsas, nos hace responsables por consciencia, por reflexión y convicción, no por obligación. Esto descarta la infantil idea de libertad entendida como hacer lo que a uno le apetece, o le da la gana, sin límite ni control. Sólo el hombre consciente de sí y de sus necesidades genuinas puede ser libre de las falsas necesidades. Pero no hay derecho absoluto, ya que los derechos de los otros también existen y son lo primero y lo principal: los deberes humanos.

La libertad posibilita el desarrollo fluido de todas las fuerzas. Un pagano ejemplar, o «absoluto», como se definía GUILLERMO VON HUMBOLDT, decía: «El verdadero fin del hombre —no el que le señala la inclinación pasajera, sino el que le prescribe la razón— es el mayor

y más proporcionado desarrollo de sus fuerzas y la integración de las mismas en un todo. La primera e imprescindible condición para este desarrollo es la libertad»¹¹.

2.3. Igualdad

Uno de los rasgos de genialidad de los griegos es la creación del principio de «isonomía». Fue una verdadera revolución contra natura. Como no tenían un pelo de tontos, sabían de las diferencias humanas de todo tipo y calibre: inteligencia, fuerza, sensibilidad, generosidad, estatura, anchura, etc. A pesar de esa conciencia, o gracias a ella, ellos determinaron libérrimamente que podían acordar por propia voluntad considerarse iguales ante la ley, aunque fueran en muchos aspectos desiguales. Lo importante es lo que hay de común en todos los seres humanos. Es verdad que en ese entonces eso se aplicaba sólo a los ciudadanos, y no todos lo eran: las mujeres y los extranjeros, por ejemplo, estaban excluidos. Pero el principio de igualdad ante el derecho había sido creado. Como corolario de ello ahora tenemos el derecho a la no discriminación, y en los países democráticos han desaparecido los privilegios antes legitimados. En el derecho internacional los extranjeros tienen los mismos derechos que los nacionales. El problema con el derecho a la igualdad es que no es fácil compatibilizarlo con el de libertad en los países del Tercer mundo.

El problema de la igualdad real, o por lo menos el de un mayor equilibrio económico, se resuelve con riqueza económica, no con bellos y razonables artículos constitucionales o legales. Y no hay riqueza sin buena educación, sin un mínimo de calidad para llevar adelante cualquier empresa, económica o no. Esa riqueza requiere un tipo de ser humano que sólo parece posible a partir de ciertas condiciones históricas e ideológicas, es decir, educativas: una cierta apertura, una cierta razonabilidad y una cierta racionalidad que hay que inventar si no existe. Como en el Perú mayoritario, donde falla la calidad educativa, esta es más dogmática que crítica, más escolástica que moderna, etc. Pero la mala educación no es causa de sí misma. La causa de la mala educación no es, esencialmente, un problema técnico, pedagógico, didáctico, ni de método, ni plan de estudios. Todo eso se cambia siempre con cada «reforma» y con cada gobierno y nunca mejora la calidad educativa sino que cada vez es peor más bien. Parece que pesan mucho más y son más decisivos los paradigmas pre modernos, la cosmovisión tradicionalista que reproduce una educación acrítica, repetitiva, etc. Y si no hay educación moderna, es decir, democrática, liberal y social vamos a seguir sin salir del sub desarrollo.

En cuanto al tema de la desigualdad real o natural entre los seres humanos, no parece que se pueda resolver alguna vez. Y tal vez no sea

¹¹ GUILLERMO VON HUMBOLDT, *Sobre la libertad*, p. 34. *Pensamiento Liberal*, Ed. Fundación Friedrich Naumann, Bogotá, Colombia, 1989.

deseable: ya lo han intentado los comunistas y los nazis en el siglo pasado. La equidad es eso que nos obliga a reconocer, independientemente de los deseos, que los seres humanos somos desiguales de hecho (aunque también, obviamente, tenemos muchos rasgos comunes esenciales). De ahí partimos para entender la igualdad de derechos entre seres desiguales y debido a esa desigualdad misma: «isonomía».

3. Relaciones individuo-estado

Más adelante la misma jurista añade una idea a ese «núcleo», que nos ayuda a descartar posibilidades de confusión. Según ella, «los autores que coinciden en tal núcleo, parten de una determinada concepción de las relaciones entre el individuo y el Estado que presupone una determinada organización del poder, que va a ser la de la democracia y el Estado de Derecho»¹². Y esa organización del poder supone una concepción del mundo y de la vida y, en consecuencia, unos valores cuyo centro creador y receptor es la persona humana. Se puede decir, por ello, que sin el concepto de «persona», es decir un ser singular, único, irrepetible, como somos todos y cada uno, no es posible ni la idea ni la existencia de Derechos Humanos, ni esa relación particular del individuo frente al Estado.

Es la (auto) conciencia de la singularidad, de la diferencia, de la persona, lo que ha llevado a la creación de derechos que protejan ese rasgo esencial de la condición humana, que el Estado debe abstenerse de violar, lo cual requiere de alguna garantía que no la puede dar una teocracia, ni una monarquía absoluta, ni un sultanato, ni una dictadura, ni una tiranía, etc. La democracia se ha concebido para proteger esa esencia singular, única e irrepetible, recién reconocida jurídicamente en la modernidad. Y como el conjunto de personas se llama colectividad, no hay oposición irremediable y necesaria entre individuo y colectividad, es una distinción abstracta, no una separación física concreta. Esa oposición dio lugar a discusiones bizantinas en otras épocas, como la de quién era primero. Nuestra Constitución no deja dudas: «La persona humana y su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado». Para no dar la impresión de dualidad (persona humana-dignidad), podría decirse que la dignidad de la persona humana es el fin supremo de la sociedad y del Estado.

No es posible concebir los Derechos Humanos prescindiendo de esa particular relación de la persona con el poder político, en el que éste es o debe ser necesariamente controlado, mediante un sistema que garantice ese control: la democracia. La democracia es esencialmente control del poder, como dijo KARL POPPER. Eso lo define y no las elecciones, por ejemplo. Por eso se puede decir que en muchos países atrasados o subdesarrollados del tercer o cuarto mundo, apenas sí existen los Derechos Humanos, porque no son paradigmas popula-

¹² Ob. cit.

res y no hay efectivo control sobre el poder, aunque estén mencionados en el papel constitucional, no hay el contexto ideológico-social suficiente para hacerlos posibles o es demasiado frágil. Como no existieron tampoco en la misma Europa occidental antes del Renacimiento. Una prueba más de que estos derechos no tienen nada que ver con la naturaleza. Un rasgo más de su historicidad. Sólo aparecen en determinadas condiciones cuando aparecen de verdad, cuando devienen predominantes en una colectividad, como las de los países llamados desarrollados.

Se cree todavía que pueden haber existido Derechos Humanos incluso en el Incanato (como alguien lo sostuvo). La utilidad de ese «núcleo de certeza» se encuentra en que permite un criterio para asegurar, cuándo el uso de los términos «Derechos Humanos» no es adecuado. En ese caso anecdótico se da una extrapolación inaceptable. En un contexto teocrático, como el incaico, no eran posibles los Derechos Humanos, que no son sólo unos escuetos derechos sino una larga historia previa y un sistema que los hace posibles y los garantiza: la democracia. El modelo teocrático, agrega PRIETO SANCHÍS, «concibe al individuo como un mero agente del plan divino, sometido en todos los aspectos de la vida al cumplimiento de una ley superior»¹³. Da la impresión que no hemos salido todavía de esta etapa, incompatible con la democracia moderna.

4. Principium individuationis

En consecuencia, antes del siglo XVIII, es decir, antes de las revoluciones americanas, inglesa y francesa, no se puede hablar de Derechos Humanos seriamente. Estos son la consecuencia histórica de un proceso europeo en cuya conciencia colectiva germinaba el *principium individuationis*, cuya importancia no debe soslayarse o confundirse con el «individualismo», que es derivado y peyorativo: «individualismo» no es sinónimo de «individualidad». Los Derechos Humanos son la consagración jurídica de ese *principium*, plasmado en el citado artículo 1 de la Constitución. El ser humano es singular, como especie, frente a otras especies y como individuo frente a los otros individuos (no un ser indiferenciado, parte de una masa o rebaño, por más que muchas veces haga todo lo posible) Esto no lo hace enemigo de los demás, que también tienen derecho a la diferencia. Distinción o diferencia no significa exclusión o rechazo del otro.

Al europeo que incubó los Derechos Humanos le ha costado siglos, desde las invasiones bárbaras, de experiencia, guerras, conflictos, dificultades y sufrimiento, alcanzar ese estadio en que, como decía Kant, Europa occidental entra en la edad de la razón. Eso porque toma conciencia de su autonomía, a través de la clase aristocrática en primer lugar, de su libertad, de su dignidad y de sus responsabilidades como ser humano, como civilizado habitante de la ciudad. Sólo al conjunto de ciudadanos —no de súbditos— se le puede llamar civilización. Si eso pudo ocurrir en el siglo XVIII y no antes, se

¹³ Ob. cit.

debió obviamente a que no estaban dadas «las condiciones objetivas y subjetivas» (era el lenguaje de los camaradas leninistas en los setentas). No se trata de un hecho natural sino histórico. Y por eso seguramente a nosotros, como países hispano andinos, nos cuesta tanto civilizarnos, es decir modernizarnos en política, en economía o en educación. Una expresión de ello es que nuestra «cultura cívica» está por los suelos, tanto la escolar como la extra escolar. Doble herencia pre moderna: autocracia y teocracia. Consecuencia: no hemos adoptado los valores modernos.

Si esas condiciones se hubieran dado antes la Revolución Francesa se hubiera dado antes, es obvio. Otra cosa sucedió entre nosotros, donde las ideas democráticas y republicanas, es decir modernas, fueron colocadas de emplasto por las élites criollas, sobre una realidad colonial, dependiente y pre moderna que tenía poco de lo que fue la realidad francesa al momento de la Revolución, por sus valores, esquemas mentales, creencias, etc. Son sus expresiones el despotismo, el autoritarismo, el conservadorismo con o sin barniz moderno, el paternalismo, la fácil credulidad, los abundantes prejuicios, la superstición, el machismo, etc. Esto es indesligable del pésimo nivel educativo que caracteriza al país (según UNESCO por ejemplo).

Si no hubiera sentido de individualidad (sino una pura masa gregaria) no habría personas, seres singulares cuya dignidad defender. Porque la dignidad, que es el principio en el que se sostiene todo el edificio de los Derechos Humanos, supone la defensa de la singularidad y la consecuente autonomía para decidir nuestros propios fines, como hemos visto. Tampoco sería necesario proteger un valor como la tolerancia, que sólo adquiere sentido donde los diferentes, los singulares, es decir, todos los seres humanos concretos, tienen necesidad de convivir con el otro, respetándolo y respetándose en sus derechos, a pesar de las diferencias ideológicas, de intereses y otras.

Sabiéndose una «esencia singular», el humano moderno tiene que construir un sistema político en el que puedan entenderse personas con diferentes maneras de ser y de pensar, diferentes intereses, rasgos y tipos. Por eso la tolerancia, como conciencia y respeto a la inevitable diversidad de perspectivas humanas, es fundamental. No se soporta sino que se comprende. En el sistema moderno parlamentario todas las fuerzas sociales pueden participar, es de esencia pluralista: otro rasgo de modernidad que viene de la cultura clásica, preparada por la religión politeísta. Ese sistema sólo puede ser uno donde el poder es descentrado y dividido, con un gobierno temporal limitado y controlado. La Constitución y las leyes deben estar por encima de los hombres, de los que tienen poder político como de quienes no lo tienen. Sin estas condiciones como presupuesto no se puede hablar de Derechos Humanos, porque esa persona no estaría debidamente garantizada. Lamentablemente la puesta en práctica de la tolerancia supone una mentalidad pluralista, muy difícil de encontrar en una cultura monista: una sola verdad, una sola moral,

un único camino absoluto, una sola manera correcta de vivir, etc.

Lo que hubo entre los Incas o los señores feudales no eran derechos sino privilegios. Para que haya Derechos Humanos tienen que ser para todos los seres humanos, sin excepción. El medieval «derecho de prima note», por ejemplo, no era ni podía ser estrictamente un derecho, en sentido democrático moderno, sino una gracia que se otorgaba el señor a sí mismo por el mero hecho de poder hacerlo. Era una cuestión de fuerza, nada más. El derecho no es y no puede ser pura fuerza, puro poder, porque dejaría de ser derecho. En pocas palabras, cuando se habla de Derechos Humanos se habla de ciertos valores, principios o ideales modernos con pretensión de universalidad que, como derechos para todos los hombres, nunca antes existieron en la historia.

En ninguna época se ha aceptado reconocer derechos para todos los seres humanos por igual, como la libertad, la igualdad, y la dignidad. No se trata de cualquier derecho creado por el poder político de turno, sino de ciertos derechos que tienen la categoría de principios y que no excluyen ni deben excluir a nadie por más diferente o distinto que sea. NORBERTO BOBBIO comentaba al respecto, con su reconocida lucidez: «No sé si nos damos cuenta de hasta qué punto la Declaración Universal representa un hecho nuevo en cuanto por primera vez en la historia un sistema de principios fundamentales de la conducta humana ha sido aceptado libre y expresamente, a través de sus respectivos gobiernos, por la mayor parte de los hombres que habitan la Tierra»¹⁴. En el incanato, por ejemplo, hubo un cierto orden jurídico, una cierta organización del poder, pero no democrática ni republicana y eso significa sin Derechos Humanos. Lo cual no es un reproche a los Incas sino una descripción, un juicio de hecho, no de valor. Sería tonto acusar a los Incas de poco democráticos.

5. Derecho natural

En una encuesta entre profesores de una Facultad de Derecho regional, nadie puso en cuestión la existencia del «derecho natural». Resultó de ella que todos eran de clara tendencia Jusnaturalista, consciente o inconscientemente, menos uno que declaró que la existencia del derecho natural era un tema discutible. Los jusnaturalistas sostienen que los Derechos Humanos son inherentes a la «naturaleza humana». Esto es muy importante, porque la concepción sobre Derechos Humanos decide las prácticas relacionadas con Derechos Humanos. El Jusnaturalismo pre moderno, es una especie de cordón umbilical que sirve de coartada a ciertos grupos, para asociar indebidamente los Derechos Humanos con el cristianismo católico en el Perú.

«Derecho natural» no es adecuado como sinónimo de Derechos Hu-

¹⁴ NORBERTO BOBBIO, *Sobre los Fundamentos de los Derechos Humanos*, La Gaceta núm. 6, Defensoría del Pueblo del D. F., México, 1995.

manos. Para quienes creen en su existencia (el iusnaturalismo es un asunto de fe) el derecho natural, como se dijo, es un conjunto de normas o derechos intrínsecos a la naturaleza humana. Es decir que vienen con el hombre desde que el hombre es tal, desde el primer *homo sapiens* suponemos, o lo que se llame. Por tanto, según esa posición podemos deducir que para ellos los Derechos Humanos son normas o derechos no creados por el hombre mismo, por cuanto aparecen con él en tanto inherentes a él. Todos nacemos con nariz, pero nadie ha creado su propia nariz, ella sí natural aunque modificable artificialmente, ella sí (la nariz) inherente, que no quiere decir «interna» sino «propia de [...]». Sin embargo, si alguna vez no existieron los Derechos Humanos y si no existen actualmente en muchas naciones, es porque en algún momento histórico son creados, lo cual descarta, una vez más, su carácter natural o divino. Son simplemente humanos. ¿Por qué llamarlos naturales? ¿Por qué la naturaleza y no la artificialidad, como dice el gran polígrafo peruano MARCO AURELIO DENEGRI? Y si la naturaleza es creación de Dios ¿por qué no llamar divinos a esos derechos?

Un jusnaturalista tendrá que explicar por qué se llama «humanos» o «del hombre» a estos derechos si se les considera naturales, es decir, no creados por él. ¿Quién los creó entonces? ¿La naturaleza? ¿La naturaleza puede dictar normas obligatorias a los hombres? ¿Cómo es posible una norma natural? ¿Lo natural no es lo producido por causas, como la lluvia? Sólo queda una posibilidad una vez que eliminamos al hombre y la naturaleza como fuentes originales de derecho: Dios ¿Por qué llamarle (derechos) humanos entonces? Y si nadie creó esas normas ¿por qué llamarle derecho y no naturaleza simplemente?, ¿por qué «derecho natural»? ¿el derecho no es exclusivamente humano, es decir, histórico y social?, ¿cómo puede ser algo a la vez histórico y natural?, ¿no es una contradicción en los términos? BOBBIO agregaría: «Hoy sabemos que también los derechos denominados humanos son el producto no de la naturaleza sino de la civilización humana». Y por eso concluimos con la historicidad de los Derechos Humanos.

6. Historicidad

La historicidad del derecho no sólo se da en cuanto producto de un espacio-tiempo y que está impregnado por él (todos somos, a pesar de las notorias diferencias entre contemporáneos, hijos de nuestro tiempo) alude también a un ser particular que no se puede considerar esencialmente natural, porque no tiene carácter homogéneo generalizable, repetitivo, constante, inconsciente, ciego; sino historia, conciencia y libertad, es decir espíritu. Lo humano se está haciendo a sí mismo en cada momento. Siendo consciente y libre, al ser humano no le queda más remedio que tomar decisiones a cada momento y así hace su propia historia. Eso no es natural. Y como no está jamás definitivamente concluso y acabado, el ser humano es solo un proceso: «el proceso de sus actos»¹⁵.

¹⁵ ANTONIO GRAMSCI, *El Estado moderno*, Seix Barral, Barcelona, 1971.

Por eso no siempre sigue el orden natural sino su voluntad, sus creencias, sus razones, sus prejuicios, sus normas, sus valores o anti valores; nada que sea natural. Historia es conciencia del presente a través del examen del pasado y conciencia es libertad. El hombre no es súbdito de cualquier reino de la naturaleza, como los animales, vegetales y minerales, sino un ser espiritual, libre y consciente de sí, un ser histórico. Y así como sostenemos que historia y naturaleza son distinguibles, también sostenemos que son inseparables.

Dicho de otro modo, el hombre no es un animal, no puede pertenecer a esa familia ni a ninguna otra porque es un ser *sui generis*: participa de la naturaleza y viene de ella, pero también es espíritu. En consecuencia, no se puede hablar tan ligeramente de «animal» cuando se habla de este ser con espíritu, porque un animal espiritual es una contradicción, sin contar con que «lo espiritual» es lo que lo define específicamente. Un ser con espíritu incorporado: hecho cuerpo. Ni natural, ni divino, el hombre, «unidad psicofísica», es un puente entre ellos, aunque no al servicio de ellos. Un puente que puede hacer posible la superación del ser humano mismo.

EL MALTRATO DE ANIMALES: APUNTES SOBRE LOS PRESUPUESTOS ÉTICO-JURÍDICOS DE SU PUNICIÓN

EMILIO JOSÉ ARMAZA ARMAZA

Doctor en Derecho Penal
Por la Universidad del País Vasco/EHU
Universidad de Deusto
Bilbao - España

§ 1

La oportunidad de contribuir en una obra colectiva elaborada con ocasión del quincuagésimo aniversario de la creación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María constituye, sin lugar a dudas, un motivo de especial y muy profunda satisfacción para quienes tuvimos la suerte de entablar nuestro primer contacto con las ciencias jurídicas¹ en el interior de sus claustros. Por consiguiente, nada nos honra más que dedicar las siguientes líneas a nuestra recordada Facultad y, principalmente, a las personas que, de una u otra forma, son parte de ella, en especial a D^a Delby Luz Aguilar Valverde y a D^a Eliana del Pilar Laos Torres.

§ 2

Hubo un tiempo en el que el *ius puniendi* no sólo no brindaba protección eficaz a los animales no humanos sino que, a la par, recaía de forma brutal contra ellos. En efecto, los procesos penales en los que se juzgaban a cerdos, perros, gatos, ratones y otros animales por delitos de herejía, blasfemia, homicidio, lesiones, etc., fueron fruto del proceso de expansión —tanto en el catálogo de delitos como en el de penas— que el Derecho penal sufrió hasta el cenit de la Edad Media². No obstante, con la llegada de la ilustración, los pre-

¹ Y, concretamente, con el saber penal, bajo la tutela de los profesores DANTE VAL-DIVIA ZEGARRA, HENRY GUILLÉN SOSA, MAURO PARI TABOADA y JULIO ARMAZA GALDOS.

² Algunos de estos procesos se encuentran cuidadosamente descritos por M. PASTOUREAU, *Una historia simbólica de la Edad Media occidental*, Buenos

supuestos del sistema penal sufren una importante mutación³ que desembocó, entre otros aspectos, en la considerable reducción del número de conductas que, hasta entonces, eran constitutivas de delitos (comienza a cobrar auge lo que hoy conocemos con el nombre de *principio de intervención mínima*). De esta forma, el *ius puniendi* deja de sancionar, entre muchas otras, todas aquellas acciones constitutivas de delitos realizadas por animales⁴.

Sin embargo, si bien el proceso de ilustración consigue detener la masacre de animales derivada de la aplicación de los sistemas penales, no fue posible (aunque tampoco se intentó) consensuar una serie de presupuestos que permitan, no solo no oprimir, sino también proteger penalmente los intereses —por conservar su libertad, no sufrir, vivir, etc.— de los demás animales mediante la punición de los ataques o agresiones perpetrados contra ellos⁵.

Cabe resaltar que, hasta el día de hoy, esta situación no ha cambiado de forma trascendente: en la actualidad el *ius puniendi* sanciona el maltrato de animales no porque los considere como portadores de *bienes jurídicos* tales como la *vida* o la *integridad física/psíquica*, sino porque se estaría atentando de forma indirecta contra bienes jurídicos o deberes estrictamente humanos⁶. En efecto, el Derecho positivo contemporáneo —debido, tal vez, a la fuerza de la tradición como a los postulados de la doctrina mayoritaria⁷— reconoce, en términos generales, que el bien jurídico lesionado median-

Aires, Katz, 2006, pp. 27 ss. Véase también, E. BALESTENA, *La fábrica penal. Visión interdisciplinaria del sistema punitivo*, Montevideo, Editorial B de F, 2006.

³ Sobre dicha transformación véase: J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, I, Introducción*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 94-97.

⁴ Cfr. L. ROCA AGAPITO, *Algunas reflexiones sobre los animales y el Derecho Penal. En particular el artículo 631 del Código Penal*, en *Actualidad Penal*, núm. 18, mayo de 2000, Madrid, La Ley, 2000, pp. 399 y 400.

⁵ Véase una completa reseña histórica de Derecho comparado en J. L. GUZMÁN DALBORA, *El delito de maltrato de animales*, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, J. L. Díez Ripollés, et al., Madrid, Tecnos, 2002, pp. 1319-1324. En relación con el Derecho penal español, véase J. M. HIGUERA GUIMERA, *Los malos tratos crueles a los animales en el C.P. de 1995*, en *Actualidad Penal*, núm. 17, abril-mayo de 1998, Madrid, La Ley, 1998, pp. 347-349; J. M. RÍOS CORBACHO, *Los animales como posibles sujetos de Derecho penal. Algunas referencias sobre los artículos 631 (suelta de animales feroces o dañinos) y 632 (malos tratos crueles) del Código Penal español*, en *Derecho Penal*, M. HURTADO POZO (Dir.), pp. 9 y 10. Artículo descargado de la página web «Derecho Penal» de la Universidad de Friburgo (Suiza) [<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/>].

⁶ Un panorama general de los sistemas adoptados en Derecho comparado en E. J. ARMAZA ARMAZA, *Bioderecho en Latinoamérica*, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, C. M. ROMEO CASABONA (Dir.), Granada, Editorial Comares, 2011, p. 173. Véase también J. L. GUZMÁN DALBORA, op. cit., pp. 1322-1324; J. F. HIGUERA GUIMERA, op. cit., p. 346.

⁷ Conviene poner de manifiesto que el Prof. HIGUERA GUIMERA se aparta de esta tendencia al afirmar que el bien jurídico tutelado está constituido por el conjunto de obligaciones de carácter bioético que tiene el hombre para con los animales. Cfr. J. F. HIGUERA GUIMERA, op. cit., p. 349.

te la comisión de la infracción penal de maltrato de animales es uno de naturaleza colectiva⁸: en el ámbito iberoamericano, por ejemplo, los intereses generales⁹, las buenas costumbres¹⁰, el medio ambiente¹¹, el orden y la seguridad públicos¹², etc.

Conviene recordar que dicho estado de la cuestión tiene su origen en una serie de presupuestos de marcado carácter antropocéntrico que hemos sido incapaces de superar: la consideración —en términos jurídicos— de los demás animales, no como personas, sino como cosas (*res*) carentes de derechos, y la idea de que los únicos seres que podemos ser portadores de bienes jurídicos somos las personas (físicas o jurídicas), así como la sociedad, el Estado o la comunidad internacional¹³.

Como es sabido, en la actualidad existe un intenso —y, por lo pronto, irreconciliable— debate en relación con la cuestión de si deberíamos o no incluir dentro del ordenamiento jurídico ciertos derechos de los animales¹⁴. En este sentido, conviene resaltar que la ausencia en el ordenamiento jurídico de tales derechos ha dado pie a que la doctrina niegue la posibilidad de reconocer a los animales como portadores de bienes jurídicos penalmente relevantes, pues se ha argumentado que todos los bienes jurídicos hallan su fundamento en un derecho concreto (ej. el *bien jurídico vida*, que puede ser lesionado por la comisión del delito de homicidio, halla su fun-

⁸ Crítico con esta situación ya se mostraba, a principios del S. XX, A. GONZÁLEZ PRADA, *El Derecho y el animal. Tesis para el doctorado en jurisprudencia*, Lima, Imp. Artística, 1914, pp. 40-42. En efecto, para el autor de esta *tomadura de pelo* (palabras con las que hizo referencia a dicha Tesis uno de los Catedráticos del Tribunal que la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad Mayor de San Marcos había convocado para que evaluase dicho trabajo de investigación) «Ciertos derechos aparentes que numerosas leyes conceden al animal no equivalen sino a una protección indirecta, encubridora de una directa salvaguardia de los intereses humanos; respeto al *interés estético* o al *interés tranquilidad moral*; prohibición de crueldades en las bestias por la molestia o la repugnancia que los signos externos del sufrimiento (enflaquecimiento, quejidos, contorsiones, sangre) pueden causar en ciertas personas. La ley llega al colmo de limitar la crueldad, no por el dolor del ser sufriente, sino por sus desagradables radiaciones reflejas en el hombre. ¿No indica la ley Grammont —y la mayor parte de las disposiciones legales análogas— como condición delictuosa la publicidad del maltrato? Si todas aquellas reglas protectoras persiguieran un fin menos egoísta y más humano, dilatarían la esfera jurídica de la protección, no contentándose con fijar una penalidad convencional al logaritmo del público». Las cursivas son de dicho autor.

⁹ Cfr. el artículo 632.2. del Código penal español.

¹⁰ Cfr. el artículo 450-A del Código penal peruano.

¹¹ Cfr. el artículo 32 Ley Federal 9.605-98 de Brasil.

¹² Cfr. el artículo 291bis del Código penal chileno.

¹³ Cfr. por todos, J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, Madrid, Tecnos, 2004, pp. 74 y 75.

¹⁴ Puede encontrarse una reseña de dicho debate en P. DE LORA DELTORO, *Animales*, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, C. M. ROMEO CASABONA (Dir.), Granada, Editorial Comares, 2011, pp. 82-85; también en A. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, *Animales*, en *Enciclopedia de Bioderecho [...] cit.*, pp. 86-92.

damento en el *derecho a la vida*)¹⁵. Ahora bien, es innegable que casi la totalidad del bienes jurídicos penalmente tutelados encuentran correlativamente un derecho que les sirve de base positivizado, casi siempre, en la Constitución; sin embargo, a esta «regla general» no se han adecuando todas las infracciones incorporadas al ordenamiento jurídico-penal pues, con alguna frecuencia, podemos encontrarnos ante ciertos delitos tendientes a sancionar la lesión de bienes jurídicos que carecen de un reflejo concreto en el catálogo de derechos (por ejemplo, el bien jurídico *identidad genética del ser humano*—que puede ser lesionado a través de la clonación humana—no tiene como base, al menos en algunos sistemas jurídicos, un derecho humano específico que le sirva de fundamento¹⁶). La importancia de esta última observación radica en el hecho de que nos muestra que algunas directrices vinculadas con la contención de las formas de aplicación más groseras del *ius puniendi* (en este caso, la consideración de que el Derecho penal tiene cabida únicamente cuando exista, de por medio, un derecho afectado) pueden admitir ciertas excepciones que, por su naturaleza y relevancia¹⁷, pueden y deben establecerse de forma convencional.

De esta forma —y trabajando bajo la premisa de que con base en el principio de igualdad se debería incluir dentro del círculo de consideración moral y jurídica a todos los individuos dotados de ciertas capacidades e intereses¹⁸— la criminalización de las conductas que lesionen o pongan en peligro de lesión la vida, salud, integridad física o psíquica y, finalmente, la libertad, de los animales no huma-

¹⁵ Cfr. E. R. ZAFFARONI/A. ALAGIA/A. SLOKAR, *Derecho Penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 120-121.

¹⁶ Esclarecedores: C. M. ROMEO CASABONA, «La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal», en *Genética y Derecho Penal. Previsiones del Código penal español de 1995*, Bilbao - Granada, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano - Comares, 2001; S. ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal*, Bilbao - Granada, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano - Comares, 2006; I. DE MIGUEL BERIAIN, *La clonación, diez años después*, Bilbao - Granada, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano - Comares, 2008.

¹⁷ Relevancia que muestra su verdadera magnitud si admitimos dos hechos especialmente destacables: a) que la relación que mantenemos con los demás animales, además de fundamentarse en la consideración discriminatoria de sus intereses —lo cual ha posibilitado su esclavización por medio de la consideración de que su estatus jurídico es el de meras *cosas*— en la actualidad es extremadamente cruel y, b) que es necesaria la inclusión de los intereses y preferencias de los demás animales dentro del ámbito de consideración moral y, desde luego, jurídica. En consecuencia, creemos que el Estado debería desplegar todos los mecanismos —dentro de los que también tienen cabida los mecanismos jurídicos— para brindar una protección eficaz a los intereses de los demás animales afectados por las actividades humanas, así como por las catástrofes y otros hechos naturales. Cfr. P. SINGER, *Liberación animal*, Madrid, Editorial Trotta, 1999, pp. 37-59.

¹⁸ En el caso que ocupa nuestra atención: La capacidad de sufrir (y, consecuentemente, el interés por evitar el sufrimiento), la capacidad de consciencia y autoconsciencia (y, consecuentemente, el interés por vivir), etc. Cfr. P. SINGER, *Liberación animal*, cit., pp. 37-59.

nos capaces de percibir y padecer tal lesión constituye una tarea de trascendental importancia. Ello trae como consecuencia, al menos, dos aspectos de particular relevancia:

a) La consideración de que el bien jurídico lesionado ante la comisión del denominado «maltrato de animales» es uno de naturaleza individual y personal: la vida, salud, integridad física o psíquica y, finalmente, la libertad del animal sobre el que recae la acción lesiva¹⁹; y

b) Que, dada la importancia de dichos bienes jurídicos en juego, su lesión o puesta en peligro de lesión tendría que criminalizarse a través de la tipificación de una serie de nuevos delitos —no faltas— que, al menos en el plano valorativo y de cuantificación de la pena correspondiente, se equiparen a los que pueden ser cometidos en agravio de los animales humanos —homicidio, lesiones, detención ilegal, secuestro, tortura, etc.—. Para ello no es óbice que los animales no humanos no tengan la cualidad de *persona* —al menos en términos jurídicos— pues, como hemos indicado, algunas entidades que son portadoras de bienes jurídicos (ej. la sociedad, la comunidad internacional²⁰) tampoco la tienen.

No podemos negar que vivimos en una época en la que el *principio de mínima intervención* (que trae consigo la consecuencia de que el Derecho penal sea concebido como la *ultima ratio*) se ha erigido como uno de los pilares más importantes de esta ciencia y que, por ello, la doctrina contemporánea se muestra muy reticente a aceptar una nueva expansión del *ius puniendi* por medio de la creación de nuevos delitos que sancionen acciones que ya se encuentran reguladas, aun a pesar de que por medio de ellas se pretenda sancionar la lesión de bienes jurídicos distintos (la vida, salud, integridad física y psíquica y la libertad de los demás animales). No obstante, creemos que éste es un paso que el legislador tendrá que dar en el futuro próximo dado que, como hemos visto, las concepciones ético-sociales sobre la materia —fundamentales para la selección de los bienes jurídicos penalmente relevantes²¹— a lo largo de los últimos años, han sufrido una transformación bastante más que importante.

Para terminar esta breve contribución, creemos que es necesario recordar que —a pesar de que el Derecho penal, las más de las veces, se muestra incapaz de proteger bienes jurídicos en inminente peligro de lesión puesto que los mecanismos de reacción se activan una vez agotada la acción delictiva— la doctrina ha subrayado la especial importancia que esta rama de las ciencias jurídicas cumple en relación con la inculcación a la sociedad de ciertos valores éticos que permitan a sus ciudadanos convivir en armonía. En efecto, si nos

¹⁹ Partidario de esta propuesta es J. M. RÍOS CORBACHO, op. cit., p. 12.

²⁰ Como hemos indicado, pueden ser portadores de bienes jurídicos: un individuo, un conjunto de individuos, una persona jurídica, la sociedad, el Estado o la comunidad internacional. Cfr. J. CERZO MIR, *Curso, PG, II*, cit., pp. 74 y 75.

²¹ Cfr. J. CERZO MIR, *Curso, PG, I*, cit., p. 17.

fijamos en el catálogo de delitos contenidos en el ordenamiento jurídico-penal podremos percatarnos que con la amenaza de una sanción determinada, el Estado nos está diciendo que ciertos bienes jurídicos son valiosos y que no estamos autorizados para atentar contra ellos sin ser sancionados *a posteriori*—gráficamente hablando, mediante la punición del delito de homicidio, el Estado les dice a sus ciudadanos que debemos respetar la vida de las personas porque la ve como un bien jurídico merecedor de protección y tutela penal—. En efecto, esta función—que en términos jurídicos se conoce con el nombre de *Prevención general positiva*— parece completar el sentido del Código Penal y, en definitiva, del Derecho penal mismo, aún a pesar de que, como vimos, las respuestas articuladas ante la delincuencia siempre se desencadenan después de que un bien jurídico determinado ha sufrido una lesión de especial gravedad.

Ahora bien, si por un lado partimos de que estas premisas son válidas y, por otro, de que la actual regulación del delito de maltrato de animales no solo es deficiente sino incorrecta en cuanto a la cuestión del bien jurídico que se pretende proteger mediante la punición de este tipo de conductas, entonces tendremos que denunciar que el legislador está cometiendo no solo éste, sino también otro gravísimo error al no utilizar el catálogo de delitos y penas como medio para la consecución de las finalidades de prevención general positivas que le son propias al Derecho penal.

Bibliografía

- E. J. ARMAZA ARMAZA, «Bioderecho en Latinoamérica», en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, ROMEO CASABONA, C.M. (Dir.), Granada, Editorial Comares, 2011.
- E. BALESTENA, *La fábrica penal. Visión interdisciplinaria del sistema punitivo*, Montevideo, Editorial B de F, 2006.
- J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, I, Introducción*, Madrid, Tecnos, 2004.
- J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español, Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, Madrid, Tecnos, 2004.
- P. DE LORA DELTORO, *Animales*, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, C. M. ROMEO CASABONA (Dir.), Granada, Editorial Comares, 2011.
- I. DE MIGUEL BERIAIN, *La clonación, diez años después*, Bilbao - Granada, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano - Comares, 2008.
- A. GONZÁLEZ PRADA, *El Derecho y el animal. Tesis para el doctorado en jurisprudencia*, Lima, Imp. Artística, 1914.
- J. L. GUZMÁN DALBORA, *El delito de maltrato de animales*, en *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, J. L. Díez Ripollés, et al, Madrid, Tecnos, 2002.
- J. F. HIGUERA GUIMERÁ, *Los malos tratos crueles a los animales en el C.P. de 1995*, en *Actualidad Penal*, Núm. 17, Abril-Mayo de 1998, Madrid, La Ley, 1998.
- M. PASTOUREAU, *Una historia simbólica de la Edad Media occidental*, Buenos Aires, Katz, 2006.
- Á. PELAYO GONZÁLEZ-TORRE, *Animales*, en *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, C. M. ROMEO CASABONA (Dir.), Granada, Editorial Comares, 2011.

J. M. RÍOS CORBACHO, *Los animales como posibles sujetos de Derecho penal. Algunas referencias sobre los artículos 631 (suelta de animales feroces o dañinos) y 632 (malos tratos crueles) del Código Penal español*, en *Derecho Penal*, M. HURTADO POZO (Dir.). Artículo descargado de la página web *Derecho Penal* de la Universidad de Friburgo (Suiza) [<http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/>].

L. ROCA AGAPITO, *Algunas reflexiones sobre los animales y el Derecho Penal. En particular el artículo 631 del Código Penal*, en *Actualidad Penal*, Núm. 18, Mayo de 2000, Madrid, La Ley, 2000.

C. M. ROMEO CASABONA, *La clonación humana: presupuestos para una intervención jurídico-penal*, en *Genética y Derecho Penal. Previsiones del Código penal español de 1995*, Bilbao - Granada, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano - Comares, 2001.

S. ROMEO MALANDA, *Intervenciones genéticas sobre el ser humano y Derecho penal*, Bilbao - Granada, Ed. Cátedra Interuniversitaria de Derecho y Genoma Humano - Comares, 2006.

P. SINGER, *Liberación animal*, Madrid, Editorial Trotta, 1999.

E. R. ZAFFARONI/A. ALAGIA/A. SLOKAR, *Derecho Penal, Parte General*, Buenos Aires, EDIAR, 2000.

LA INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA: CONTENIDO, TRAYECTORIA HISTÓRICA Y CRÍTICA DEL CONCEPTO

JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA
Catedrático de Derecho penal
Universidad de Valparaíso (Chile)

1. Introducción y contenido del tema

El nombre «individualización» de la pena irrumpe durante el último tercio del siglo XIX por el empuje de ciertas concepciones filosóficas, y ejerció considerable influencia hasta muy entrado el siglo XX, especialmente en los países donde esas doctrinas adquirieron vigorosa traducción político-criminal. El presente estudio se propone examinar el concepto, la trayectoria histórica y las especies de la individualización penal. La crítica del pensamiento subyacente, que no ha desaparecido del todo en el momento actual, como tampoco la etiqueta cuestionada, corroborará por qué el término y la sustancia que él denota deben ser desterrados del proceso de conmensuración de la pena.

Aunque a veces se habla de un doble significado, objetivo y subjetivo, de la idea en palabra, ambos reunidos en la noción general de que individualizar la pena consiste en determinarla por las condiciones del caso concreto¹, tales pliegues no brindan semántica ni históricamente la recta definición del concepto. Individuar equivale, en castellano, pero también en los verbos equivalentes de otras lenguas romances, a especificar o tratar pormenorizadamente de una cosa, es decir, particularizarla. Sin embargo, no debe entrecerse en ello la operación metodológica que distingue a las ciencias de la cultura, como es la del Derecho. El carácter individualizador de éstas deriva de su propósito de establecer la singularidad irrepetible de un fenómeno particular, aquello que lo realza por su referencia a valores dentro de un conjunto de fenómenos homólogos, y esto nada tiene que ver con el designio consistente en identificar cuántos indi-

¹ ASÍ, JOSÉ ANTÓN ONECA, *Derecho penal*, 2ª ed., Akal, Madrid, 1986, p. 585.

viduos, a la luz de sus propiedades, están comprendidos en una misma especie.

En verdad, aquí yace el real sentido de toda individualización, hija del afán clasificatorio propio de las ciencias naturales. Por paradójico que pueda sonar, las ciencias de la naturaleza son generalizadoras precisamente porque comparten una metodología individualizante pura, exenta de toda asociación a fines valorados, como el único camino idóneo para colocar individuos en el peldaño que les corresponde en un sistema determinado, sea éste el de LINNEO, sea en alguna tipología de delincuentes. De ahí que la individualización tiene que ser refractaria a la conmensuración de la pena, a la exigencia valorativa de graduarla según el hecho concreto del autor, y que la vieja individualización objetiva², atenta nada más que a la gravedad del resultado antijurídico, tampoco merece aquel rótulo, sino el de un ensayo imperfecto e incompleto de conmensuración.

Dicho de otra manera, de una individualización penal cabe ocurrir únicamente en términos subjetivos, como «la adaptación de la pena al individuo», en la certera definición de RAYMOND SALEILLES³. Pero hay que tener muy presente que la adecuación de aquélla a éste jamás llegará a recoger cada uno de los infinitos matices de la personalidad del último, que se hará desaparecer dentro de tipos o arquetipos humanos sólo susceptibles de cierta cuantificación, por la mayor o menor intensidad de los rasgos grupales presentes en él, por ejemplo, su tendencia a delinquir o la forma en que hizo del delito un estilo existencial⁴. Es decir, que la llamada individualización acaba inevitablemente en una generalización⁵.

2. Trayectoria histórica

La individualización de la pena es una novedad contemporánea, sin precedentes en la historia del derecho. Sabemos que las legislaciones antiguas tomaron en cuenta la edad, el sexo, la nacionalidad, raza y posición social de los delincuentes al efecto de agravar o atenuar su responsabilidad criminal. Pero esta no era una obra de indi-

² O sea, la propia del Derecho penal anterior a la reforma del Iluminismo, de la que, con todo, quedaron fuertes resabios en la codificación decimonónica.

³ RAYMOND SALEILLES, *L'individualisation de la peine, Étude de criminalité sociale*, Félix Alcan Éditeur, París, 1898, p. 13.

⁴ Asaz ilustrativa resulta la sincera confesión de ROSENFELD, cuando escribe que como el tránsito que lleva del hecho al autor ofrece posibilidades ilimitadas, por las también innumerables peculiaridades del carácter de cada justiciable, en la individualización de la pena habría que atenerse a la tipología de VON LISZT (delincuentes habituales, ocasionales y principiantes), ERNST HEINRICH ROSENFELD, *Strafzumessung*, en *Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts*, Allgemeiner Teil, vol. III, Verlag von Otto Liebmann, Berlín, 1908, pp. 93-171, cfr. pp. 142-143.

⁵ Por lo demás, la relación entre la graduación de la pena y las teorías sobre su fin arroja tres posibilidades: la retribución de los delitos se corresponde con la *conmensuración* de aquélla; la prevención especial, con una *individualización* en el sentido explicado, y la prevención general, con la *generalización* sin más del castigo.

vidualización, sino, al contrario, una generalización inspirada en el principio de desigualdad abstracta ante la ley⁶. En verdad, la individualización penal emerge como reacción contra el igualitarismo abstracto de los Códigos del ochocientos, la mentalidad retributiva o preventivo general que les sirvió de fundamento, el predominio de la ley—que quería la «aplicación» de las puniciones por los tribunales—y la correspondiente desconfianza en el arbitrio judicial. En su aspecto constructivo, empero, la individualización es vástago de la creencia de que la pena cumple o debe servir funciones de prevención especial. Si esta ideología emplaza al delincuente, no ya su delito, como el «protagonista» del Derecho penal, eso obedece a la difusión, durante la segunda mitad del siglo XIX, de las concepciones filosóficas que ahora nos ocuparán y que signan, a su vez, los antecedentes inmediatos y el origen de la individualización punitiva, coincidente con el nacimiento de la ciencia natural que la alumbró, la Criminología.

Un jurisconsulto, GUILLERMO EMILIO WALHBERG, y una entera escuela de pensamiento, la correccionalista, comparecen como precursores. WAHLBERG plantea el tema no sólo a propósito de la pena, sino cual una exigencia de impostergable realización en la imputabilidad, culpabilidad, autoría y participación, etc., o sea, para toda la legislación criminal, empleando un término —*Individualisierung*— no grato a la lengua alemana por su raíz latina, «pero ya inevitable en su tiempo»⁷, en clara prenda del sesgo antropológico que otras corrientes doctrinales se aprestaban a imprimir a esta especialidad científica. En la obra de WAHLBERG hay muestras inequívocas de las crecientes, pero aun difusas aspiraciones de su época, como la condena del «ideal sans-culottiano» del tratamiento absolutamente igualitario de todo delincuente⁸, la crítica de la ficción del hombre-medio contra el cual los Códigos decimonónicos fulminaron sus mandatos y prohibiciones, y la necesidad de «contraponerle los innumerables individuos y casos penales que difieren de la presunta regla general y no están en el nivel donde la suposición de la ley los colocó». Pese a que WALHBERG insiste en que los jueces y, sobre todo, las autorida-

⁶ No estaban en juego, pues, esas circunstancias personales a que alude CUELLO CALÓN, por la potísima razón de que sólo es personal lo individual, no aquello que se comparte con los miembros de un colectivo de sujetos, sea éste el que fuere, EUGENIO CUELLO CALÓN, *La moderna Penología*. (Represión del delito y tratamiento del delincuente. Penas y medidas. Su ejecución), tomo I (único publicado), Bosch, Barcelona, 1958, cfr. pp. 31-32.

⁷ ROSENFELD, ob. cit., p. 140. El papel de WAHLBERG en los antecedentes de la individualización de la pena fue reconocido en su momento por el principal divulgador de la doctrina, RAYMOND SALEILLES, ob. cit., cfr. p. 122, y, por cierto, lo siguen resaltando los autores de nuestros días. Véase, por todos, MANUEL DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, *El correccionalismo penal*, Lerner, Córdoba, 1989, p. 34.

⁸ Ideal nacido de «la fantasía cosmopolita y filantrópica de la época de la Ilustración», que «olvida la enseñanza aristotélica de que el igual tratamiento de lo desigual es la mayor injusticia y la regla empírica *si duo faciunt idem, non est idem*», EMIL WAHLBERG, *Das Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege*, Druck und Verlag von Carl Gerold's Sohn, Wien, 1869, p. 5.

des de la ejecución, individualicen la pena, «porque la ley carece del microscopio con que traer a un pentagrama reconocible y fijo las finas características estructurales que distinguen un caso divergente de la regla acostumbrada de los casos», por modo de adaptarla «al carácter del autor y la disposición interior que estuvo en la base del maleficio», tampoco lleva las cosas al punto de prescindir de la importancia del delito en sí mismo ni de un sistema de penas relativamente determinadas por la ley. Para él, más bien, se trata de armonizar la apreciación del hecho externo, en su efecto antijurídico, con la actitud interior antijurídica (*rechtswidrige Gesinnung*) del delincuente, cuyo peso ha de gravitar únicamente dentro de los márgenes penales de cada delito⁹. Este eclecticismo, no menos que la abstracción que signa su teoría, nota incompatible con los requerimientos empíricos de la individualización, impide considerarle como fundador del arrasador movimiento que estallaría apenas un lustro después.

A su turno, la Escuela correccionalista inserta la individualización de la pena en un completo y coherente sistema de pensamiento filosófico. El correccionalismo inaugura la tendencia antropológica que va a tomar el Derecho penal en el último tercio del siglo XIX. Dicho rumbo pretende adaptar la pena, no al delito, que en sentir de los correccionalistas es sólo un antecedente demostrativo de la voluntad dañada de quien lo cometió, sino a la individualidad del sujeto agente, examinando para ello toda su trayectoria vital. La orientación hacia el autor y la concepción sintomática de la infracción criminal son patentes en la obra de CARLOS DAVID AUGUSTO RÖDER, el jefe de la Escuela. El Derecho, que esta corriente identifica con la moral¹⁰, es «una dirección general y necesaria para toda la vida y conducta de los hombres, no sólo para sus relaciones exteriores», por lo cual tampoco puede detenerse en la apreciación de la conformidad objetiva de las acciones con sus preceptos, según venía ocurriendo hasta ese punto. La pena tiene como razón jurídica inmediata «la arbitrariedad inmoral de un hombre, manifestada exteriormente y dirigida de un modo indudable a la perturbación del orden social del Derecho», y como inmediato fin jurídico, «el restablecimiento radical, por todos los medios adecuados y justos, de esa vo-

⁹ *Ibidem.* 5, 6, 7 y 144. El respeto por el principio legalista queda de manifiesto en sus ideas sobre la ejecución penal. Si la individualización es tarea precípua del juez y las autoridades penitenciarias, éstas deben continuar lo ordenado por los jueces y obrar con arreglo a la ley, no siguiendo máximas administrativas. Las condiciones de la ejecución «tienen que ser reguladas por la ley tanto como las condiciones de la pena misma» (*ibidem*, p. 158). WAHLBERG, pues, se erige como un temprano precursor de la legalidad del cumplimiento de las penas, a diferencia del correccionalismo, del que se trata en seguida en el texto.

¹⁰ La identificación de derecho y moral hunde sus raíces metafísicas en el idealismo del padre filosófico de la Escuela, KRAUSE, y guarda correspondencia con la ontología panteísta y el organicismo social de éste, fielmente seguido por su discípulo RÖDER. Cfr. JOSÉ ANTÓN ONECA, *La teoría de la pena en los correccionalistas españoles*, en *Obras*, tomo I, publicados 3 vols., Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2000, pp. (157-170) 158-159.

luntad pervertida, manifestada en el hecho y según el género y grado de maldad que revela».

Se comprende que la pena correccional, para lograr su propósito de mejora moral en el delincuente, no puede dirigirse al «hombre en general y en abstracto, sino al hombre real, vivo y efectivo, que se ha hecho responsable de *tal* delito concreto, a su total y exclusiva individualidad», y que, en vez de estimar éste como un episodio aislado, buscará conocer la raíz de la perturbación existente en la armonía racional de aquél, para cuya corrección es necesario poner el episodio «en relación con toda la vida anterior y posterior del sujeto». De esta guisa RÖDER llega al concepto de individualización de la pena; como él mismo escribe, en pos de evitar «la violencia de proceder con todos los delincuentes *de la misma manera*, sin respeto al derecho de la individualidad», y porque sólo la pena correccional brinda al juez, pero principalmente a los órganos de la ejecución, la «base jurídica suficiente para determinar con exactitud la clase de tratamiento que ha de encerrar la pena, así como su necesaria duración»¹¹.

Con todo, no hay que inferir de estas manifestaciones que el correccionalismo funda la individualización penal. Por el contrario, su apriorismo racionalista, su falta de base empírica y experimental, le impidieron pasar de esos enunciados generales a la concreción requerida por la empresa. La individualización de la pena, para tornarse operante y alcanzar al sujeto concreto, tenía que basarse en un soporte natural, biológico y sociológico, que era por principio extraño al *élan* sólo filosófico de la escuela. De modo que lo que ella aportó al concepto y su ulterior repercusión legislativa, es únicamente una visión orgánica de la sociedad y panteísta del universo, un entendimiento que mira al hombre como una determinación o concreción del devenir infinito y que, por conducto del Estado que pune, aspira a mejorarle, liberarle de sus limitaciones y devolverle al ser absoluto. Aunque esta concepción difiera de las teorías científicas que labrarán el camino a la idea de que tratamos, es innegable que la una y, como veremos, también las otras, tienen en común una inspiración política transpersonalista, con la consiguiente subordinación del individuo a la comunidad y el ilimitado crecimiento de los derechos de la última sobre el primero. A causa de este trasfondo iliberal fue el correccionalismo tan combatido por la pluma de CARRARA. Y a ello se debe, además, el regusto autoritario, de desbor-

¹¹ CARLOS DAVID AUGUSTO RÖDER, *Las doctrinas fundamentales reinantes sobre el delito y la pena en sus interiores contradicciones*, FRANCISCO GINER (Trad.), Librería de Victoriano Suárez, Madrid, 1876, pp. 237, 238-239, 249-250 y 299. Se aprecia en todo esto que, si no la expresión precisa, el concepto de individualización de la pena está en RÖDER, lo mismo que la sentencia indeterminada, la flexibilización del efecto de cosa juzgada de la sentencia de condena, la ampliación del arbitrio judicial y el quiebre del principio de legalidad de las puniciones, mucho antes de la incorporación de estas exigencias al programa político criminal del positivismo criminológico, como observó, MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, cfr. *Krausismo y Derecho*. Castellví, Santa Fe, 1963, pp. 158-160.

damiento moral en el Derecho, que celan cada una de sus lejanas concreciones, a las que por ahora reuniremos en el pensamiento de que la vida y la persona del autor son decisivas para apreciar el delito y la pena congruente a su personalidad¹².

Si el correccionalismo intentó salvar la regla de oro, que «nunca hombre alguno puede merecer la pérdida de todo su derecho y convertirse en mera cosa»¹³, aunque sin éxito, atendida la moralización jurídica que le era ingénita, el positivismo de matriz criminológica no se hizo culpable del último defecto, debido a su preferencia por una defensa social entendida mecánicamente y el proyecto utilitario que imprime a la pena. Pero la individualización de ésta, que nace propiamente con la *Scuola*, parte de unas bases filosóficas materialistas y una epistemología naturalista donde el lugar del imperativo kantiano será ocupado por la regla de hierro¹⁴. En efecto, la dureza inherente a este sistema proviene de una concepción orgánica de la sociedad y una explicación del delito cual síntoma de la patología de uno de sus miembros. Mientras la primera demanda el empleo de la pena para tornar inocuos, por corrección, intimidación o neutralización, a los individuos socialmente inadaptados, la segunda postula cuantificarla de acuerdo con la clase y el grado de su peligrosidad.

Como es sabido, la contribución más importante del positivismo al problema de la medida de la pena fue la noción de temibilidad o peligrosidad, correlato indispensable de la acentuación de la prevención especial como único fin de la sanción punitiva¹⁵. Esta transformación del Derecho penal, que se desentiende del delito para centrarse en los aspectos biológico y social del delincuente, cuyo hecho es sólo una manifestación de su estado peligroso, requería la formación de tipologías criminológicas de los asociales —como los

¹² «El correccionalismo, por más que nazca transido de un sentimiento individualista y dentro de un mundo liberal, obedece a postulados filosóficos que nada tienen de tales, que más bien han surgido en oposición al liberalismo y de los que se deducirán después, en desenvolvimientos sucesivos, sistemas políticos y formas de vida completamente negatorios de aquél», MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Krausismo y Derecho*, cit., p. 120. Dentro de poco comprobaremos la exactitud de esta aseveración.

¹³ CARLOS DAVID AUGUSTO RÖDER, ob. cit., p. 239.

¹⁴ Mientras la regla de oro prohíbe hacer a otro lo que uno mismo no desearía sufrir, la de hierro reza «tienes derecho a exigir a los demás lo que estés dispuesto a exigirte a ti mismo», por tanto, disciplinarlos, atormentarlos, exponer su vida, incluso matarlos. Es la norma que emana del liderazgo, la del caudillo y sus sacrificios, como explica BERNHARD SCHLINK en su novela *El regreso*; la que lleva a tratar al prójimo con dureza, la regla parda del totalitarismo.

¹⁵ La temibilidad como criterio de mensuración procede de RAFFAELE GARÓFALO, *La Criminología. Estudio sobre el delito y la teoría de la represión*, PEDRO DORADO MONTERO (Trad.), B. de F., Montevideo-Buenos Aires, 2005, cfr. pp. 258-259, con terminante repulsa del criterio de la proporcionalidad, y la presenta cual principio que transformará la legislación penal. A ella se plegó ENRICO FERRI, *Sociología criminal*, versión española por ANTONIO SOTO Y HERNÁNDEZ, con un prólogo de PRIMITIVO GONZÁLEZ DEL ALBA, 2 vols., Centro Editorial de Góngora, Madrid, 1907, tomo II, cfr. pp. 166-167, donde reconoce la prioridad de su compatriota.

delincuentes locos, natos, habituales, de ocasión y por pasión, de FERRI—, con los grados que llevan de una a otra clase¹⁶, obtenido lo cual se creyó factible adaptar la pena a la personalidad del encartado. De ahí que la individualización de la pena, con su correlato en la prevención especial en el papel de medio de defensa de la colectividad, tenía que presentarse como una modificación de los principios de igualdad y legalidad. Lo que importa no es más la igualdad ante la ley abstracta, sino la desigualdad en función de las características criminológicas del sujeto activo, la desigualdad igualitaria de la individualización¹⁷. Y puesto que la última no es tarea de la generalidad de la ley, sino de los órganos de la ejecución penal, el positivismo sostendrá decididamente el carácter indeterminado o determinado *a posteriori* de las puniciones¹⁸.

También en la versión germánica, de la Escuela sociológica liderada por FRANZ VON LISZT, se proclama la reorientación de la pena hacia la persona del acusado. La «lucha contra el delito» (*Verbrechensbekämpfung*), ese título de regusto bacteriológico y proyección bélica tan grato a aquél, suponía individualizar las sanciones y, por ende, castigar, no el hecho, sino al autor; el uso de la pena como mecanismo intimidante, correctivo o inocuizador, según lo aconseje el tipo de criminal; abandonar la proporción entre delito y pena, para ajustar la segunda a la disposición interior del delincuente, o sea, transformarla en *Gesinnungsstrafe*¹⁹. Los remilgos de LISZT en orden a preservar la certidumbre de la pena merced al mantenimiento de sus márgenes abstractos en la ley, pierden todo poder suasorio ante la aseveración, cardinal en su programa político-criminal,

¹⁶ La mentalidad materialista considera que como en la historia natural se pasa por grados y matices del mundo inorgánico al orgánico, así también entre los tipos de criminales existe una diferencia de grado y modalidad, con numerosas variedades intermedias, las cuales, en sentir de ENRICO FERRI, op. et vol. cit., cfr. p. 188, no impiden, sino sólo dificultan la precisa clasificación del sujeto. Habrá que colocarle según el mayor número de rasgos criminológicos presentes en él.

¹⁷ Cfr. HEINRICH DROST, *Das Ermessen des Strafrichters. Zugleich ein Beitrag zu dem allgemeinen Problem Gesetz und Richteramt*. Heymanns, Berlin, 1930, p. 184, y GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, 12ª ed., Cedam, Padova, cuidada por LUCIANO PETTOELLO MANTOVANI, 1986, p. 859, quien subraya el trasfondo netamente naturalista y criminológico de ella.

¹⁸ Cfr. ENRICO FERRI, op. et vol. cit., pp. 163-164 y 266-267. La sentencia indeterminada fue acogida por todos los positivistas y los autores que sufrieron el influjo de la *Scuola*, como LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, *El estado peligroso. Nueva fórmula para el tratamiento penal y preventivo*, Imprenta de Juan Pueyo, Madrid, 1922, p. 97, «ese abominable arcaísmo de la santidad de la cosa juzgada debe ser desterrado para siempre».

¹⁹ Cfr. HEINRICH DROST, ob. cit., p. 177, y LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA, ob. cit., pp. 90-91. De la frase de LISZT, «no es el concepto el que debe ser castigado, sino el autor», FRANZ VON LISZT, *La idea de fin en el Derecho penal*, ENRIQUE AIMONE GIBSON (Trad.), con revisión técnica y prólogo de MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, Edeval, Valparaíso, 1984, p. 129, procede aquella de que habría que penar, no el hecho, sino al autor, emblema bajo el que militaron autores muy distintos por orientación científica y credo político, como constataremos en la crítica de la individualización penal.

de que un comité de ejecución era quien debía decidir si el reo sería puesto en libertad al cumplirse el plazo mínimo fijado por la sentencia o permanecería en prisión hasta el vencimiento del plazo máximo, dependiendo del logro o no de la finalidad preventivo-especial indicada para él. Por lo demás, la aparente reserva cede en significación ante lo que de veras cuenta: que la individualización de la pena —al igual que su supuesto, la peligrosidad del delincuente— nace y se difunde «en un mundo nudamente natural y social, de causas y efectos, acciones y reacciones, ajeno por completo, si no refractario, a cualquier referencia a valores»²⁰.

Puesto que ese mundo consiguió dar cima a algunos aspectos del programa de defensa social a través de la lucha contra determinados tipos de delincuentes, por ejemplo, la legislación francesa y belga sobre la condena de ejecución condicional²¹, y como, por otra parte, las demandas de concreción en la aplicación del Derecho morderían pronto la metodología jurídica con el movimiento del Derecho libre, la teoría de la imprevisión, el sociologismo y el realismo jurídicos, etc., «no es casualidad alguna la aparición de la monografía, muy importante entonces, de SALEILLES sobre la individualización de la pena»²².

Este libro, fechado en 1898, condensa las aspiraciones de la prevención especial de raíz naturalista. Sus páginas, transidas de lenguaje médico, comparan el delito con una patología y al juez con el médico, quien sólo conoce enfermos, no la enfermedad, que en la metáfora representa la infracción impersonal, el ente jurídico imaginado por la Escuela y los Códigos clásicos. Basándose en los positivistas italianos y la joven escuela alemana, SALEILLES propugna la adecuación de la pena, «no a la gravedad material, al mal realizado, sino a la naturaleza del criminal», no al tipo de hombre que sólo existe en la abstracción, «el individuo anónimo que haya cometido este u aquel delito», sino al delincuente concreto, a la «criminalidad orgánica, latente o declarada, del individuo», a su temibilidad. Guarda perfecta congruencia con el ideario positivista que la noción de responsabilidad penal, en su opinión, debe ser reemplazada por la individualización, a la que él define como «la apropiación de los medios represivos con el fin propuesto de eliminar la criminalidad, sea por la reforma moral del criminal, sea por su alejamiento en caso de ser irrecuperable»²³.

Atendido el estado del asunto, convendremos en que nada de to-

²⁰ MANUEL DE RIVACOPA Y RIVACOPA, *Función y aplicación de la pena*, Depalma, Buenos Aires, 1993, p. 103.

²¹ Dejamos por ahora en silencio los reparos que merece la real dependencia preventivo-especial de tales leyes.

²² ERNST HEINITZ, *Die Individualisierung der Strafen und Massnahmen in der Reform des Strafrechts und des Strafprozesses*, Walter de Gruyter & Co., Berlín, 1960, p. 3.

²³ RAYMOND SALEILLES, ob. cit., pp. 11, 55 y 121-122.

do esto poseía originalidad. Aquello que tornará sobremanera influyente la obra del jurista francés, hasta el punto de que ecos de su terminología y sus conceptos se sienten todavía hoy²⁴, es haber distinguido tres especies de individualización, legal, judicial y administrativa. SALEILLES descarta la primera, propia de los Códigos decimonónicos, dado que la ley conoce sólo especies, no individuos, por cuyo motivo la suya ha de ser necesariamente una falsa individualización. La tarea de la ley radica nada más que en indicar al juez, el único que opera con realidades concretas, las bases de la empresa, «mas no ha de alentar la pretensión de realizar ella misma la individualización». La segunda, «que es la buena», porque el juez es quien conoce al delincuente y es capaz de darse cuenta de quién es él, presenta, sin embargo, el inconveniente de ser sólo un diagnóstico, en circunstancias que «en materia de tratamiento moral, como en el caso de la terapia médica, el diagnóstico no basta; hay que aplicar el remedio, y éste varía para cada cual a quien se aplica». Aquí interviene la individualización administrativa, encomendada a la administración penitenciaria. En ella reposa el quicio de la individualización, consistente en definir el régimen aplicable al sujeto y su duración, con lo que SALEILLES viene a parar, como quienes le precedieron en este rumbo intelectual, en la sentencia indeterminada²⁵.

3. Crítica

Ahora bien, por grande que haya sido el influjo de la individualización penal tanto en las legislaciones como en la doctrina científica, considerables son también las críticas a que prestan flanco su entraña especulativa y sus resultados prácticos. A continuación las desplegamos desde las perspectivas política, constitucional e histórico-punitiva. Las tres están entrelazadas y, en su conjunción, dejan en pie muy poco de la idea cuestionada.

Por lo pronto, en la primera mitad del siglo XX la individualización de la pena deriva hacia aquello en que tenía que convertirse, el Derecho penal de autor. La primera manifestación del castigo de personalidades, antes que de delitos concretos, se mantuvo en la línea naturalista que dio origen a la idea primitiva. Fueron los tipos criminológicos de delincuente —habituales, profesionales y por tendencia— del Código penal italiano de 1930, con su famoso artículo 133, párrafo segundo, que ordena al juez graduar la pena teniendo en cuenta la «capacidad de delinquir» del culpable, deducida de su carácter, los motivos lo impulsaron al delito y su conducta anterior, contemporánea y sucesiva a éste. Sin embargo, no bien la metodolo-

²⁴ Por ejemplo, en España, BORJA MAPELLI CAFFARENA/JUAN TERRADILLOS BASOCO, *Las consecuencias jurídicas del delito*, Cívitas, Madrid, 1996, cfr. pp. 188-190, y SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho penal. Parte general*, 7ª ed., Reppertor, Barcelona, 2005, p. 715.

²⁵ RAYMOND SALEILLES, ob. cit., pp. 200 y 262-263. En efecto, «no se puede prever el tiempo que exige la reeducación, y es tan absurdo limitar su duración a tantos meses o tantos años, como lo sería que el médico, al constatar una enfermedad grave, previese su cura en un plazo fijo», p. 263.

gía positivista es superada por estereotipos sociales e intuiciones extraídas de la filosofía de HUSSERL y HEIDEGGER, la teoría de los tipos normativos de autor se apropia del postulado individualizador. Basta recordar, por una parte, su manifiesto fundacional, en que ERIK WOLF rechaza como un error funesto el suponer, como hizo LISZT, que el método científico-natural estaría en condiciones de captar lo individual en el autor—una idea nacida del *pathos* humanitario del liberalismo, escribe—, y cree posible arribar a la misma meta desde la posición del individuo como miembro de la comunidad jurídica, mejor dicho, desde la conciencia jurídica popular²⁶. Por otra, el Proyecto de Código penal nacionalsocialista (1936), que no trepidó en juzgar al sujeto por su actitud frente a la comunidad del pueblo ni en medir la sanción con arreglo a la total personalidad que lo condujo a la realización del hecho. También aquí vive la noción de peligrosidad, sólo que mediatizada por la normativización del autor²⁷.

Nada de esto causa sorpresa. En realidad, pertenece a la esencia de la doctrina de la individualización de la pena una concepción valorativa transpersonal, vertida políticamente en comprensiones substancialistas de la sociedad y del Estado. Que los epígonos de LISZT no percibiesen este fatal corolario, como GUSTAV RADBRUCH y SU Proyecto de 1922, llevado del prurito de diferenciar y graduar las penas según la personalidad del autor, es sólo expresión del extravío del ideario liberal en las cuestiones penales, un abandono que preparó inconscientemente el terreno al totalitarismo.

Pese a ello, o sea, no aleccionada por la experiencia, la segunda fracción del siglo XX repite el error con el auge de la prevención especial. Esta vez entran a tallar el positivismo larvado de la nueva defensa social, que basa su propuesta medular del tratamiento resocializador en la investigación de la personalidad del delincuente, y, por cierto, los fragmentos de Derecho penal de autor que aún quedan en los ordenamientos de nuestros días, como los conceptos de habitualidad y profesionalidad, la agravación penal para el reincidente y la estimación de la conducta anterior y posterior al delito en el *quantum* de la pena. Sigue abierta así una fractura en la legali-

²⁶ ERIK WOLF, *Sobre la esencia del autor*, JOSÉ LUIS GUZMÁN DALBORA (Trad. y Nota preliminar), en la *Revista Electrónica de Ciencia penal y Criminología*, núm. 10, Granada, 2008, disponible en: <http://criminet.ugr.es/recpc/10/recpc10-r4.pdf>, 25 de agosto, pp. 4 y 6. Conviene precisar, empero, que formaba parte de este proyecto teórico la desaparición de la individualidad de la persona. En verdad, la teoría en cuestión lo que hizo fue cotejar al justiciable con unas abstracciones políticas —«traidor», «asesino», «ladrón», etc.— revestidas con ropajes de Ética social. O sea, lo individualizó en el sentido propio del término individualizar, es decir, objetivándolo y clasificándolo.

²⁷ Con todo, en el Derecho penal proyectado por el régimen nazi seguían presentes los criterios biológicos sobre la personalidad heredados del positivismo peligrosista. Véanse las inequívocas expresiones de Roland Freisler, secretario de Estado del ministerio de justicia del *Reich* y, durante la guerra, presidente del siniestro Tribunal del Pueblo, en FILIPPO GRISPIGNI/EDMUND MEZGER, *La reforma penal nacional-socialista*, Ediar, Buenos Aires, EUGENIO RAÚL ZAFFARONI/RODRIGO CODINO (Trad.), 2009, pp. 91-92.

dad punitiva, la limitación resultante del arbitrio de los jueces, la distinción entre Derecho y moral, con el correlativo daño del Estado de Derecho, al que inspira el dogma de que *il giure penale è protettore della libertà umana così esterna, così interna*²⁸. Es más, si un apremiante desafío de la hora consiste en depurar el Derecho penal de referencias ajenas al acto delictivo, reduciéndole a la consideración más neta de delito y pena, es porque aquí están en juego la responsabilidad por el hecho y, a través de ella, la dignidad del sujeto agente, baluarte de la autodeterminación moral y la conducción libre de su vida, amén de pieza clave del liberalismo en cuanto doctrina política. La individualización de la pena, pero también las nociones de defensa social y prevención particular, son sencillamente inconciliables con él, porque no se avienen con el sistema valorativo que lo caracteriza, el individualismo²⁹.

La tripartición de la individualización penal en unas etapas legal, judicial y administrativa tampoco se avienen con la Constitución de un Estado de Derecho. Bien mirado, el desprecio por la individualización legal, así como la dilatación de las atribuciones jurisdiccional y administrativa en las especies judicial y penitenciaria —niñas mimadas en el sistema de SALEILLES—, son un reflejo de la inversión en la jerarquía de las fuentes de conocimiento del Derecho, en pos de emplazar la jurisprudencia y, sobre todo, el acto administrativo —generadores de normas particulares en los países del *civil law*— en el lugar que compete a la majestad abstracta e impersonal de la ley. Va de suyo que esta actitud es propicia al decisionismo jurídico, aunque también al tipo de dogmática del llamado «ordenamiento concreto», con su apología de las cláusulas generales, las fórmulas indeterminadas y el reino de lo anormal³⁰. Se trata de un

²⁸ FRANCESCO CARRARA, *Programma del corso di diritto criminale, Del delitto, della pena*, Il Mulino, Bologna, 1993, p. 44. Sin embargo, no faltan criminalistas actuales que consideran que una versión moderada del Derecho penal de autor sería compatible con el Derecho penal liberal. Así, VÍCTOR GÓMEZ MARÍN, *¿Tiene cabida el Derecho penal de autor en un Estado liberal?*, Prólogo de SANTIAGO MIR PUIG, Instituto de Estudio e Investigación Jurídica, Managua, 2007, p. 293.

²⁹ Sobre el trasfondo político del problema, cfr. MANUEL DE RIVACOPA Y RIVACOPA, *La dosimetría en la determinación legal de las penas*, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, de Madrid, núm. 4, 1994, pp. (747-756) 754-755, y GIUSEPPE BETTIOL, *Pena retributiva e poteri discrezionali del giudice*. En: *Scritti giuridici*, tomo I, 2 vols., Cedam, Padova, 1966, pp. (524-530) 527-530.

³⁰ El «ordenamiento concreto», en la obra de CARL SCHMITT, su principal teórico, concibe el Derecho, no como una regla predeterminada y general de conducta, previsible y calculable en su aplicación, sino cual un conjunto de figuras típicas desarrolladas por el ordenamiento en situaciones concretas y presididas por las nociones de jefe, Estado y pueblo. Las cláusulas generales, que comienzan a proliferar en la legislación desde principios del siglo XX, eran para SCHMITT un medio con que afirmar el nuevo modo transpersonal del pensamiento jurídico, que fue también el de los tipos normativos de autor. Cfr. CARL SCHMITT, *I tre tipi di scienza giuridica*. Giappichelli, Torino (a cura di GIULIANA STELLA), 1993, especialmente pp. 9, 17 y 62-65. Por lo demás, el propio SCHMITT, pese a sus protestas, hizo del decisionismo un estilo intelectual, como destaca BERNHARD SCHLINK, *¿Por qué Carl Schmitt?*, en *Precedente*, Anuario Jurídico de la Facultad de Derecho de la Universidad ICESI, Cali, 2005, FEDERICO ESCOBAR CÓRDOBA (Trad.), p. (37-53) 45.

enfoque en que la ley ha de limitarse a fijar unos elementos sumamente genéricos de individualización, siendo incluso mejor que guarde silencio, confiando el llenarla de contenido al arbitrio judicial y los criterios de oportunidad de las autoridades administrativas. En un proceso estructurado en esas tres etapas, la segunda es un feudo del tribunal, quien graduará la pena como le parezca en decisiones no susceptibles de revisión, al paso que la tercera convierte la cárcel en coto del personal de prisiones, por tanto, substrayéndola a la legalidad y la intervención jurisdiccional.

Con razón se ha escrito que tal proceso «no responde al marco de un Estado constitucional de Derecho, sino a una distribución de tareas extraña hoy al generalizado sistema de control de constitucionalidad»³¹, al paso que la colaboración entre legislador y juez en la conmensuración de la pena está regida por la Constitución, cuyo mandato se extiende asimismo al cumplimiento de la última. De lo que resulta, en síntesis, que la tricotomía de marras se aparta de los principios rectores del Estado de Derecho. No hay tres etapas en nuestro asunto, sino sólo una pareja de actividades, la conmensuración, que solicita la responsabilidad conjunta de legislador y juez en la graduación de la pena adecuada al delito, y la ejecución, para la cual es indispensable el control del Poder judicial mediante jueces de vigilancia penitenciaria, aunque teniendo siempre en mira un horizonte que la jurisdiccionalice, reduciendo hasta eliminar la ingerencia administrativa en el cumplimiento de cualesquiera penas. Sólo así, con el gobierno judicial de la ejecución, las fases separadas arbitrariamente por el Estado de policía, hoy aproximadas en un binomio de actividades, se reunirán por fin en una misma función, perteneciente al Derecho penal propio del Estado de Derecho³².

Por último, la individualización de la pena resultó nociva para el desarrollo teórico de la conmensuración penal. Del mismo modo que la «lucha de las escuelas», en cuyo contexto aparece aquella tendencia, hubo de entorpecer el avance de la teoría del delito, también paralizó el despegue de la teoría de la adecuación de la pena al delito concreto, tarea tanto más impostergable a la sazón cuanto que los Códigos decimonónicos fueron muy mezquinos en disposiciones sobre el particular. Los reclamos político-criminales de la hora redundarían en la lucha contra las penas cortas privativas de la libertad, la condena de ejecución condicional, la liberación condicionada de los presos y otros institutos que, en la intención de los reforma-

³¹ EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Derecho penal. Parte general*, con la colaboración de ALEJANDRO ALAGIA/ALEJANDRO SLOKAR, 2ª ed., Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 993.

³² La idea de una responsabilidad conjunta entre legislador y juez en la conmensuración pertenece ADOLF MERKEL, *Derecho penal*, 2 vols., *La España Moderna*, PEDRO DORADO MONTERO (Trad.), Madrid, s/f., tomo I, cfr. p. 366, pero en las últimas décadas la popularizó HEINZ ZIPF, *Die Strafzumessung, Eine systematische Darstellung für Strafrechtspraxis und Ausbildung*. C. F. Juristischer Verlag, Heidelberg-Karlsruhe, 1977, cfr. p. 5. Para la crítica de la tripartición de SALEILLES, véase, también, PATRICIA ZIFFER, *Lineamientos de la determinación de la pena*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1996, pp. 24-26.

dores, debían servir al tratamiento preventivo especial del delincuente —siquiera, en la realidad de las cosas, estos y ulteriores subrogados de la prisión obedecen a propósitos que nada tienen que hacer con evitar la recaída en el delito³³—, en vez de estimular investigaciones profundas que configurasen racionalmente la conmensuración y pusiesen freno al subjetivismo, a la intuición feliz o desventurada de los jueces en sus decisiones.

4. Conclusión

Sólo con el término de los debates escolares de esa *primavera sagrada*³⁴ y, muy especialmente, merced al desarrollo de las teorías de la antijuridicidad y la concepción normativa de la culpabilidad, quedará la dogmática en condiciones de prestar atención al influjo de los dos elementos graduables del delito en la gravedad precisa de la pena.

Y de eso se trata precisamente en la conmensuración penal, donde la consideración totalmente individualizada del sujeto activo interesa en la medida que su carácter tuvo participación en la culpabilidad revelada por el delito, con lo que se quiere decir que la personalidad humana que el juez debe tener presente para graduar la pena «no puede ser la personalidad como la entendían los positivistas bajo el perfil criminológico-naturalístico, sino la *personalidad moral*»³⁵, en otras palabras, los componentes jurídicamente relevantes de la personalidad que dejaron huella en el hecho que se juzga *hic et nunc*, sin que en ello importen un ápice los que perpetró el sujeto en el pasado o los que recelamos que cometerá en el porvenir. Como la doctrina de la individualización de la pena no maneja individuos, sino generalizaciones naturalistas, sus puntos de contacto con la conmensuración son escasos, incluso nulos. De ésta, no de aquélla, hay que ocuparse en la ardua tarea de adecuar la penalidad abstracta a la concreta entidad de los delitos.

³³ En efecto, antes constituyen «un reconocimiento apenas velado del efecto corruptor de la prisión, la consagración de una especie de *ius primi criminis* y un cómodo recurso para aliviar la población y el presupuesto carcelarios, que la adopción de medios que obren con eficacia en el penado y una adscripción seria al pensamiento de la prevención especial», MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA, *Función y aplicación de la pena*, cit., pp. 90-91.

³⁴ Lo destaca GÜNTER SPENDEL, *Zur Lehre vom Strafmaß*, Vittorio Klostermann, Frankfurt am Main, s/f., cfr. p. 34. Fue CONSTANCIO BERNARDO DE QUIRÓS quien bautizó la riña especulativa con el sugestivo nombre reproducido en el texto. El peregrinaje de iniciación del *ver sacrum* de los antiguos, dio título, entre otras obras de la literatura y el arte, a uno de los relatos más hermosos de RAINER MARIA RILKE, la *Heiliger Frühling*.

³⁵ GIUSEPPE BETTIOL, *Diritto penale*, ed. cit., p. 865.

CONTROL DIFUSO Y EL NUEVO CODIGO PROCESAL PENAL

JORGE LUIS SALAS ARENAS
Presidente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa

1. Situación procesal con la vigencia del NCPP

No es un secreto que se ha originado diversidad en la aplicación del nuevo ordenamiento procesal penal peruano.

En el Perú coexisten tres ordenamientos procesales en cada Distrito Judicial en que se halla vigente el Decreto Legislativo núm. 957: hay un proceso penal inquisitivo reformado —Código de Procedimientos Penales— y paralelamente un proceso penal decididamente inquisitivo —Decreto Legislativo núm. 124— en estado de liquidación; hay un nuevo modelo procesal penal cuyas reglas escritas han sido promulgadas y publicadas —Decreto Legislativo núm. 957— y, por último; hay un conjunto de prácticas procesales no escritas ni uniformes que inaplican de hecho varias disposiciones del Decreto Legislativo núm. 957, preconizando otros estándares de oralidad, publicidad y contradicción.

La forma de aplicar el NCPP es además diferente en cada Distrito Judicial y aún dentro de cada uno, debido a razones de naturaleza ideológico-procesal¹.

Se vienen produciendo discursos abiertos y otros embozados dentro del propio Poder Judicial dirigidos a sostener formas procesales distintas a las establecidas en el Decreto Legislativo núm. 957 y por tanto, preconizando el incumplimiento de varias de las disposiciones del nuevo Código.

No es por tanto extraño que en el lenguaje usual de varios proce-

¹ La estrategia que los pragmatistas han diseñado para resolver la existencia de múltiples sentidos interpretativos, es la de realización de plenos locales, regionales y nacionales para unificar la forma de aplicar el «modelo procesal penal», convirtiendo los plenos judiciales en una suerte de parlamento judicial, mecanismos para la modificación pretoriana de la ley.

salistas partidarios del pragmatismo no se haga referencia al Código Procesal Penal sino al «modelo procesal penal» o más concretamente al «modelo acusatorio», reclamando la existencia generalizada de estándares de oralidad, publicidad y contradicción diferentes a los que en la norma procesal se establecen.

Subyace una falacia de generalización al sostener que: «todo el proceso es juicio» y con ello, queda en claro que no se ha entendido con suficiencia que cada una de las etapas procesales tiene su respectiva lógica, su propia configuración, hallándose a cargo de diferentes operadores jurídicos.

A cada fase le corresponde la aplicación de los principios/derechos compatibles con su respectiva esencia.

El motivo de aquella falsa generalización estriba en el afán de extender las reglas del juicio a todas las fases del proceso, por igual.

2. Raíz de los problemas aplicativos en las normas del NCPP

La conjunción de varios factores en el área de la realización concreta de las distintas etapas y clases de procesos ha dado como producto la existencia de multiplicidad de formas de realización de los actos procesales.

So pretexto de la materialización de concepciones jurídicas de esencia dworkiana en relación al rol de la judicatura y siguiendo las experiencias procesales comparativas de Chile, Chubut, y Centro América, se ha generado una corriente que transita por las rutas del desconocimiento del rol constitucional asignado al Parlamento, y de asunción de sus tareas, pese a que el Perú es una República unitaria —no federal—, que cuenta con un Poder Judicial organizado, con una sola Corte Suprema y Cortes Superiores en cada Distrito Judicial, en que hay un solo órgano legislativo de cobertura nacional —precisamente de una autorización expresa del Parlamento proviene el NCPP—.

De allí se derivan también los llamados a desconocer la autoridad orientativa y vinculante de las casaciones, la elusión al control de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema —afirmando que el control constitucional difuso con consulta posterior ha quedado «derogado» por el artículo X del TP del NCPP— y el motejamiento de «contrarreforma» a todo acto de cuestionamiento a los desarrollos de prácticas paralelas a la ley procesal.

El respeto a las reglas de la democracia exige que la obra legislativa de los representantes congresales legitimados por elección directa sea en lo posible conservada y solo inobservada cuando la colisión con la Constitución sea trascendente e insalvable.

En tal caso —extremo caso— se impondrá el deber de la inevitable expulsión de la ley antisistema del acervo normativo para restablecer el derecho, cuando menos para el caso concreto, sin perjuicio del ejercicio de la acción de inconstitucionalidad por los legitimados o la iniciativa legislativa judicial destinada a corregir *erga omnes* la

afectación de fundamentalidad.

3. Los efectos de los modos o prácticas judiciales procesales ultra legales

La visión en sede judicial de un modelo procesal de oralidad, publicidad y contradicción más intensas y más extendidas que las previstas en el Decreto Legislativo núm. 957 ha generado aquel conjunto de prácticas que inobservan de hecho —pasan por alto o ignoran— varias disposiciones vigentes del NCPP —en ese sentido se trata de usos ablativos—.

Se ha producido una confusión entre el «ser» —*lege lata*— y el «deber ser» —*lege ferenda*— en sede procesal.

Se trata de prácticas que corresponden a un modelo ideal no escrito; modelo ideal que los interesados tendrían que lograr que el Parlamento asumiera.

La coexistencia de un conjunto diverso de «prácticas procesales» y un NCPP que tienen sentidos diferentes, no fortalece la seguridad jurídica ni el Estado Democrático de Derecho.

Quienes postulan y quienes ejecutan esas prácticas procesales extra legales están exigiendo bajo diversos medios al resto de la comunidad judicial nacional del ámbito penal que las adopten para generalizarlas en todo el País —subyacen y concurren ánimos puramente principistas e ideológicos con criterios de convalidación de resultados de lo ya objetivamente hecho y adicionalmente, de replicación material de la capacitación internacional recibida—.

Materias como la resistencia a la regla de escribir las resoluciones se expresaron en el Pleno Jurisdiccional Regional sobre el NCPP —llevado a cabo en la ciudad de Arequipa el día 4 de julio del 2009—, en la conclusión del tema 2 donde se indica que «el nuevo modelo acusatorio privilegia la oralidad. Las decisiones judiciales deben ser preferentemente orales, en especial aquellas que se dicten en audiencias preliminares. El registro de las mismas se encuentra en audio. Las actas de audiencia contienen una síntesis de lo actuado»; hacer públicos los procesos de terminación anticipada, control judicial de reglas de conducta del sentenciado por la Fiscalía, aplicación analógica de las reglas del juicio a las de la incidencia en apelación de autos ante la incomparecencia del apelante, exhiben la creación pretoriana de reglas procesales contra las señaladas en el NCPP.

4. La estrategia de las «prácticas»

Dice PALMIERI «tal como lo anticipé, todos esos cambios se pusieron en práctica desde el convencimiento de los operadores de las «bondades» del sistema adversarial, desoyendo cuestiones normativas claramente discordantes o perjudiciales para su sostenimiento, en un proceso —al principio muy marcadamente— de «ensayo-error», pero en la búsqueda de satisfacer los más «altos niveles de calidad» en la toma de decisiones, para lo cual tales innovaciones aparecían

como indispensables.

En todo ese proceso, no fue necesario disponer la «inconstitucionalidad» o «derogación» de ninguna de las «normas escritas» consideradas ineficaces, simplemente participamos del criterio de que simplemente resultaban no aplicables, que su legítima operatividad estaba subordinada a que se cumplieran los «objetivos» del «modelo adversarial», y de poner en práctica un procedimiento que asegurara la «más eficaz», el término de «resolución del caso» y de cumplimiento de la «función de garantía», intervención de la justicia criminal juvenil².

5. La estrategia del principio de legalidad

La detección de problemas de diversa índole en el orden procesal penal ha merecido tratamientos diversos.

En Costa Rica se plantea la extensión plena de la oralidad, la publicidad y la contradicción a las fases previas del juicio oral

En Colombia (en Paipa), en diciembre de 2008; convocados con el apoyo de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, se reunieron los jueces del nuevo modelo para proponer ajustes y modificaciones normativas para hacer más eficiente el modelo procesal.

En democracia, los jueces defienden los marcos que la democracia ha establecido.

Conforme lo prevé la Constitución², la potestad de administrar Justicia, que emana del pueblo, «[...] se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos [...]», mas no en orden a una libre discrecionalidad judicial derivada de un puro criterio de conciencia³ o apreciación razonada⁴, sino «[...] con arreglo a la Constitución y a las leyes». Es así como se yergue el principio de legalidad⁵, manifestación de la supremacía de la Constitución y de la ley, expresión a su vez de la voluntad general, frente a todos los poderes públicos, principio fundamental del Derecho Público conforme al cual todo ejercicio de potestades debe sustentarse en normas jurídicas que determinen un órgano competente y un conjunto de materias que caen bajo su jurisdicción; esto es, subordinación del Estado —incluidos todos

² Los entrecomillados aparecen en el texto de GUSTAVO E. PALMIERI, integrante de INECIP en Neuquén, Patagonia Norte, Argentina, *Una experiencia de reforma procesal a partir de las buenas prácticas de los operadores judiciales. Un ejemplo superador de las visiones «normativistas»*; en Seminario Internacional Buenas Prácticas en los Sistemas Procesales Penales Latinoamericanos, Santiago de Chile, 22 al 25 de mayo de 2007. En: http://www.cejamericas.org/doc/eventos/unaexperienciaderppapartirbuenaspracticadelosoperadoresjudiciales_doc.pdf.

³ Artículo 138 de la Constitución Política del Estado.

⁴ Artículo 283 del Código de Procedimientos Penales: «Los hechos y las pruebas que los abonen serán apreciados con criterio de conciencia [...]».

⁵ Artículo 197 del Código Procesal Civil: «Todos los medios probatorios son valorados por el juez en forma conjunta, utilizando su apreciación razonada [...]».

⁶ Principio que obliga a todos los poderes del Estado a someterse a la ley.

los órganos que lo conforman— y la sociedad— el pueblo— al imperio de la Ley, funcionando todos según parámetros de respeto general a las libertades individuales y derechos ciudadanos.

El principio de legalidad no puede sino, entonces, incorporar entre sus principales elementos la existencia de un cuerpo normativo sistemático, esto es, la existencia de derecho, que permite inferir— si se parte del rasgo de obligatoriedad implícito en el derecho— que en una sociedad donde prime el principio de legalidad tiene que existir un estricto cumplimiento de la ley el que, a su vez, debe ser asimilado, tanto por el Estado como por la sociedad civil que, merced a dicho principio, se vería protegida frente a la posibilidad de arbitrariedad del poder del primero. Por esta razón se dice que el principio de legalidad afirma la seguridad jurídica, constituyéndose en la regla de oro del Derecho Público al actuar parámetro legítimo que define la real naturaleza de un Estado de Derecho cuyo fundamento de su poder y límites no radica sino en las normas jurídicas. Se ha sostenido que, desde una dimensión jurídica, el concepto de legalidad adopta una serie de parámetros técnicos estrictamente establecidos. Los tres más importantes son, sin dudas:

- ❖ La existencia de un cuerpo normativo emitido por una autoridad jurídicamente reconocida.
- ❖ La integración de dicho cuerpo normativo por normas estables, irretroactivas, generales, claras y debidamente publicadas.
- ❖ La ejecución de dicho cuerpo normativo por una institución imparcial— tribunales previamente establecidos—, mediante procedimientos normativos accesibles para que todos garanticen que toda pena se encuentre debidamente fundada y motivada en derecho.

Para la existencia del principio de legalidad es necesario que a su vez exista, un cuerpo normativo estable que pueda, luego, ser ejecutado por una institución imparcial. Al efecto, la existencia de reglas ciertas es el primer paso para garantizar el principio de certeza jurídica. Sin embargo, ese cuerpo normativo también debe satisfacer determinadas características para cumplir con el ideal ético del «imperio de la ley». En primera instancia las normas jurídicas tienen que ser legítimas, es decir deben ser dictadas por los órganos estatales facultados y correspondientes, dentro de sus correctas esferas de atribuciones, sin vicios en la formalidad de su aprobación y promulgación. Asimismo, estas nuevas normas deben ser congruentes con el resto del sistema jurídico evitando las antinomias y lagunas del derecho; al mismo tiempo su contenido debe ser consistente con las normas de jerarquía superior dentro del propio sistema jurídico para que este pueda conservar su unidad interna y externa. Asimismo, las normas jurídicas deben ser de carácter general; su contenido debe estar dirigido para toda la sociedad, y no para determinadas personas en particular, es decir, tiene un sentido de aplicación general y no particular. Con este rasgo de la legalidad se da respuesta al principio de «igualdad ante la ley», ya que cualquier individuo,

sin importar sus características individuales, tiene la misma relación frente a la legalidad que el resto de los integrantes de la sociedad⁷.

Ciertamente «la seguridad jurídica y, por ende, la ley se opone a la incertidumbre, al azar, a la arbitrariedad y al desamparo frente a una situación de regulación»⁸. A diferencia del sistema anglosajón, el ordenamiento jurídico del sistema romano-germánico en cuyo seno yace el principio de legalidad, concibe a la ley como la principal fuente del derecho⁹; esto es, únicamente la ley es fuente vinculante de jueces, fiscales, gobernantes y ciudadanos; es la ley la única institución que con legitimidad¹⁰ puede condicionar a los miembros de una comunidad o Estado a comportarse de acuerdo a Derecho¹¹, garantizándose así el «imperio de la ley», con el aspecto dinámico del Derecho, cual es la aplicación concreta de las leyes a casos particulares.

6. Los Registros Escritos en el modelo procesal penal peruano

El Código Procesal Penal que el Decreto Legislativo núm. 957 ha puesto en vigencia, tiene previstos ámbitos de escrituralidad —requerimientos, actas, etc.— existiendo incluso un reglamento de actas aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

Las normas que el NCPP contiene corresponden a la decisión político procesal penal que el legislador ha decidido¹² y no corresponde a los jueces el modificar las normas ni variar las reglas procesales que son de orden público.

Se ha elevado la importante herramienta de la oralidad a un mito, diferenciador de la modernidad y la antimodernidad; cabe re-

⁷ Las normas deben ser irretroactivas y casi nunca de carácter retroactivo, excepto cuando sean favorables al sancionado. Su existencia debe preceder al acto al que se aplican para garantizar los principios de «certeza y seguridad jurídicas». Asimismo deben gozar de cierto grado de estabilidad en el tiempo: su vigencia debe tener una duración razonable para que los individuos sujetos a las mismas puedan prever las consecuencias de sus actos.

⁸ HEINRICH HENKEL, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, ENRIQUE GIMBERNAT ORDEIG (Trad.), Madrid, 1968, p. 546.

⁹ JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA, *Principios de Derecho Penal*, Gaceta Jurídica, Lima, 2002, pp. 23 ss.

¹⁰ La ley es ciertamente la única institución que tiene el poder legítimo de condicionar a los miembros de una comunidad o Estado a comportarse de acuerdo a Derecho. Muestra de dicho señorío lo es precisamente el Título Preliminar del Código civil, cuyos diez artículos no hacen sino relevar, uno a uno, el imperio de la ley.

¹¹ La jurisprudencia, la costumbre, la doctrina, los principios generales del derecho, reconocidas como fuentes «supletorias», no vinculan a las instituciones y, por tanto, no pueden ser fuente creadora de Derecho.

¹² El Decreto Legislativo núm. 957 se dictó por el Poder Ejecutivo, bajo autorización del Congreso (facultad legislativa delegada prevista en el artículo 104 de la Constitución), habiendo el Presidente de la República cumplido con dar cuenta de la labor encomendada, conforme las reglas de la democracia.

cordar que en todo el sistema anglosajón se registran los pormenores de los juicios en el sistema de la estenotipia informatizada, que no es exclusiva de aquel modelo; hay estenografía en Argentina, por ejemplo¹³.

Una consecuencia de tal concepción en nuestro medio ha sido la extensión mecánica de la oralidad con exclusión de los registros escritos, en todas las intervenciones judiciales bajo la falacia de que «todo el proceso es juicio» y que «el modelo procesal es oral», cuando es claro que el proceso penal tiene cuando menos tres etapas distintas con sus reglas y que el modelo procesal precia la oralidad, pero no excluye marcos de escrituralidad¹⁴.

La ley es el producto de la decisión consensuada de la representación parlamentaria (130 Congresistas) que obran en nombre de 28 millones de peruanos, legitimados por elección directa; guste o no el fruto de su labor o la composición del Parlamento, se debe observar

¹³ Cfr. www.faica.org.ar.

¹⁴ El Camarista bonaerense SCHIFFRIN destaca la existencia de distorsiones en el concepto que se tiene de algunas instituciones: «El juicio oral conlleva un proceso de esa naturaleza, es decir, oral. Pero aquí, cometiendo un gran error se ha creído que no debe ser registrado. Y a esto se suma la inexistencia de una disposición procesal que mande protocolizar todo lo que se pueda del debate, porque luego la memoria suele fallar, y nos obliga a apelar a la del secretario dejando la suerte del proceso en mano de factores humanos incontrolables».

Uno de los tabúes más fuertes es el de la cerrada oposición a todo lo escrito; que se suele sustentar además, en las grandes cantidades de papel que la impartición de justicia en expedientes principales y cuadernos en cada causa ha implicado, antes de la vigencia del nuevo ordenamiento procesal.

No se enarbola aquella postura a partir de la tarea común de la protección al planeta, reduciendo la deforestación que el consumo del papel representa, por los efectos nocivos de recalentamiento global (tarea ecologista trascendente de interés mundial), sino que, como fruto de la modernidad, al transitar hacia un expediente (cuaderno, carpeta o archivo) virtualizado, el soporte cambiará, pero lo escrito habrá de persistir en soporte magnético.

«[...] en países con una tradición procesal oral arraigada, no acontece. Allí, el sistema de la oralidad actuada se ha llevado a sus máximas consecuencias y por ello se guarda celoso protocolo de todo lo vertido en la audiencia. Lo contrario (que es nuestra situación), implica frustrar el derecho de apelación de antemano y de forma total.

Así, estando en Inglaterra, noté como ante la corte criminal en el castillo de Lincoln, dos secretarios con la vestimenta que la ocasión impone, tomaban celosa nota de todo por medio de sistemas de taquigrafía especial, tales como aquel (utilizado en varios países) que convierte automáticamente los signos taquigráficos en palabras por ante monitores en el estrado de los jueces, de manera que ellos mismos van corroborando lo que está ocurriendo, sin necesidad de tomar apuntes y así se hace más fácil la tarea del juez al momento de preguntar, por la razón de sus dichos, al testigo o perito que deponga.

En nuestro país (Argentina) hay una enorme confusión, porque, «juicio oral no significa que por ello no vamos a registrarlo, sino más bien que la regla es la exactamente opuesta».

Cfr. LEOPOLDO H. SCHIFFRIN, *Principios Básicos del Proceso Penal Oral*, «Visión histórico-crítica»; Desgrabación de la Conferencia a cargo del Dr. LEOPOLDO H. SCHIFFRIN; Organizado por los Institutos de Derecho Penal y Procesal Penal; 8 de noviembre de 2001.

o respetar por todos —artículo 38 de la Constitución—; esas son las reglas de la democracia.

La única posibilidad de incumplimiento de la ley radica en la constatación de colisión constitucional al punto de la imposibilidad de conservar la norma —las reglas están señaladas en las STC 141-2002-AA/TC, Fundamento Jurídico núm. 4 «C»; STC 20-2003-AI/TC, Fundamento Jurídico núm. 5¹⁵—.

Con arreglo al artículo 138 de la Constitución y en tal caso, corresponderá aplicar el artículo 14 del TUO de la LOPJ y el artículo 3 del TUO del Código Procesal Constitucional.

Las reglas del control constitucional difuso se hallan en la ley y permiten hacer prevalecer el principio democrático propio del Estado de derecho; no cabe a los jueces eludirla o modificarla.

En la Sentencia Casatoria núm. 61-2009-La Libertad¹⁶ se ha señalado que las decisiones deben transcribirse¹⁷, lo que apunta a la prevalencia de lo señalado en las normas del NCPP.

No se niega la trascendencia de las técnicas orales, pero se hace hincapié en el deber de registrarlas también por escrito.

Con el progreso y la modernidad, y el avance de la conciencia ecologista, se pondrá en vigor pleno y extendido, el expediente virtualizado —informáticamente copiando o escaneando las páginas que contienen los requerimientos, las resoluciones y demás piezas relevantes—, de modo que no habrá un cambio de soporte, sin papel, pero el expediente para entonces informatizado (sin papel) persistirá.

7. Rol de la Judicatura de Garantías

El nuevo elenco judicial que el Decreto Legislativo núm. 957 ha establecido en el artículo 16, incluye a los jueces de Investigación Preparatoria, cuyo trascendente rol es ajeno a las funciones de los jueces de mérito o de conocimiento.

Los jueces de Investigación Preparatoria tienen la misión de vigilar la constitucionalidad del proceso de investigación fiscal así como

¹⁵ Las reglas establecidas por el Tribunal Constitucional son claras:

1. Que se haga dentro del marco de un proceso judicial.
2. Que la ley cuya validez constitucional es dudosa sea relevante para el caso y no sea posible una interpretación constitucionalizadora.
3. Que la aplicación de la ley de dudosa constitucionalidad cause un agravio (que el perjudicado cuestione).
4. Que la constitucionalidad de la norma dudosa no haya sido confirmada por el Tribunal Constitucional.

¹⁶ Cfr. www.historico.pj.gob.pe/cortesuprema/salassupremas.

¹⁷ En contra VÍCTOR BURGOS MARIÑOS, La casación núm. 61-2009-La Libertad y una tentativa de contrarreforma en el Perú; en www.unifr.ch/ddp1/derecho/penal/articulos/a_20100831_03.pdf.

los plazos de los procesos y por excepción sentenciar —sin efectuar juicio—, propiamente homologar acuerdos consensuados en los casos de terminación anticipada. Deben efectuar la etapa intermedia con los controles respectivos de sobreseimiento o de acusación, según sea el caso¹⁸. Son, en consecuencia, esencialmente Jueces de vigilancia de la tramitación.

PEÑA CABRERA FREYRE dice que se trata de una nueva denominación que adopta el NCPP, «en función de delimitar la investigación de los actos de juzgamiento, concediéndose al juez de la Investigación Preparatoria facultades muy precisas: controlar jurídicamente la Investigación Preparatoria y adoptar las medidas coercitivas de carácter personal y real, así como las medidas limitativas de derechos, empero estos jueces no tienen facultad de fallo»¹⁹.

Los jueces Unipersonales y los integrantes de Juzgados Colegiados, tienen la misión del juzgamiento de las causas en que la acusación pasa el filtro de la etapa intermedia²⁰. Son por tanto, esencialmente, jueces de decisión.

Los jueces de Paz Letrado, están llamados a conocer de los procesos por faltas.

Los integrantes de la Sala Superior Penal —denominada «de apelaciones»—, tienen como tarea conjunta, la materialización del derecho de revisión²¹ y por tanto, el conocimiento de las apelaciones generadas en diversas incidencias que provienen de los actos procesales efectuados por los jueces de Investigación Preparatoria²²; además, están llamados a efectuar la revisión de las decisiones de los órganos de juzgamiento; aunque también tienen la misión de juzgar en primera instancia en los procesos especiales por razón de la función. Son por ello, esencialmente, jueces revisores de trámite y revisores de decisión²³.

La confusión derivada de la falacia de generalización ha hecho que

¹⁸ Su función es por tanto de control y para controlar de modo eficiente, deben tomar contacto con los hechos objeto de control.

¹⁹ ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE, *Exégesis del Nuevo Código Procesal Penal*, Rodhas, Lima, 2007, p. 270.

²⁰ Como quiera que no intervienen en los actos de control de la investigación preparatoria ni en los de revisión de las decisiones de los jueces de control de dicha etapa, no toman conocimiento de las causas ni de sus pormenores; solo conocen de los hechos en el momento en que se instala el plenario oral.

²¹ Así, el artículo 14, inc. 5 del PIDCP y el artículo 8, inc. 2, literal h del PSCR.

²² Por tal motivo toman conocimiento de algunos de los pormenores que las partes proponen como sustento en los casos apelados.

²³ Para alejar a los integrantes de la Sala Penal Superior del conocimiento de los pormenores de las causas, que aparecen en las cuestiones impugnadas, hubiera podido hipotéticamente —de *lege ferenda*— constituirse de un lado Salas de Apelaciones (para revisar las decisiones de trámite de los JIP) y Salas Penales de Revisión del Juzgamiento (que además harían el juzgamiento originario en los casos especiales por razón de la función del presunto agente delictivo), pero ello no se halla normativamente en el modelo vigente.

los señores y señoras Jueces de Investigación Preparatoria se auto consideren como jueces de mérito y debido a tal concepción, pretenden en casos no poco frecuentes, desplegar una suerte de juicio en cada uno de los actos en que intervienen—solo intervienen a instancia de parte, por tanto, hay muchos casos en que no intervienen en la fase fiscal de investigación preparatoria y controlan la acusación o el sobreseimiento en la etapa intermedia—.

Esa confusión de roles ha contribuido a distorsionar los alcances del procesamiento debido, extendiendo las reglas previstas para el juicio a las fases previas a tal etapa.

8. Consecuencia

1. Hay varias formas de plasmar la tramitación de las pretensiones penales en el Estado Democrático de Derecho; dentro de los sistemas acusatorios hay varias modalidades en el mundo; el Poder Legislativo peruano ha optado por un modo particular expresado en el Decreto Legislativo núm. 957, que acoge el mandato del PSJCR sobre el derecho ciudadano a un juicio oral, público y contradictorio.

2. Si fuera el caso que en el Perú todas las etapas del proceso penal fueran esencialmente «de juicio», entonces, todo el modelo procesal se debería redefinir y el Ministerio Público tendría que dejar de dirigir la primera etapa para dar lugar a un juez con funciones de instrucción—como en España— y ciertamente gran número de disposiciones del NCPP devendrían en incongruentes entre sí y respecto de los cánones constitucionales establecidos para el juicio, por lo que habría que inaplicarlas, observando los mandatos de la ley y los criterios de la Jurisdicción Suprema—para afirmar ordenadamente el derecho—.

3. Pero, si el «juicio»—en el nuevo modelo procesal penal peruano— se circunscribe a la tercera etapa, y cada una de las tres tiene su propio régimen diferenciado, y existen procedimientos especiales con reglas especiales, entonces, hay que aplicar las disposiciones vigentes en tanto sean compatibles con la Constitución—para afirmar la seguridad jurídica—. Me permito adscribirme a este criterio.

4. En el sistema anglosajón hay registros escritos—estenográficos— adicionales a los de sonido y/o imagen; por tanto, carece de sentido el considerar como rasgo inquisitivo la presencia de aquellos registros—no hay inquisición en el modelo norteamericano o en el modelo inglés— y de otro lado, con la tecnología informática, se reducirá grandemente el papel, pero no el registro escrito que se hallará virtualizado.

Finalmente, es jurídicamente insostenible alegar que el artículo 14 del TUO de la LOPJ y por tanto el tercer párrafo del artículo VI del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional—ha sido derogado con el artículo X del TP del NCPP; no solo porque una Ley Orgánica debe ser modificada o derogada por otra de igual o superior jerarquía, sino porque los ámbitos civiles, laborales, familiares, etc.,

quedarían desprovistos de ese mecanismo de control constitucional —es un error considerar que el NCPP agota el universo legal— y por cuanto el sistema procesal penal está inmerso en el sistema jurídico de este país unitario, en que no caben exenciones territoriales a la vigencia de las leyes.

LA PRIVATIZACIÓN PENITENCIARIA EN EL PERÚ

BERLY GUSTAVO CANO SUÁREZ

1. Introducción y contexto

Recientemente, el espacio legal peruano se ha conmovido ante una noticia, no suficientemente divulgada, que refiere a una concesión, vía contrato, para la construcción y posterior administración privada de un establecimiento penitenciario; no obstante que la experiencia internacional, incluso en países desarrollados, ha resultado desalentadora y quienes son especialistas en el tema penitenciario han asumido una actitud casi siempre muy crítica hacia la privatización carcelaria y que en la fecha, aparece en nuestro propio entorno nacional.

Se pretende justificar la adopción de dicha medida, al enunciar una realidad con un diagnóstico ya conocido que se extiende a todos los países de este continente sudamericano y que se plasma en la ausencia de políticas integrales contra el crimen; en hacinamiento carcelario, en asignaciones presupuestales reducidas, en la carencia de una adecuada infraestructura, en la falta de un tratamiento penitenciario óptimo, en la provisión de una deficiente calidad de vida al recluso, en la existencia de personal penitenciario poco cualificado y en la falta de sistema de tratamiento rehabilitador y de programas de capacitación, asistencia y trabajo para los reos.

La situación expuesta y que no permite se cumplan los fines de la pena, se forja en una constante, no constituyendo la privatización del régimen penitenciario su solución, como equivocadamente lo ha considerado el Estado peruano al haber celebrado el primer contrato para concesionar ese servicio a una empresa extranjera.

En los últimos años y a nivel internacional, los fines de la pena han sufrido variaciones significativas siguiendo las últimas tendencias político-criminales procedentes de EE.UU. y de Alemania.

En base a las posturas más punitivas y de tolerancia cero contra

el crimen e incardinadas en el ya conocido Derecho penal del enemigo, la ejecución de las sanciones en realidad han minimizado la observancia de presupuestos constitucionales que imponen una prevención especial positiva; soslayando la secular crítica contra la pena privativa de libertad efectiva por sus efectos negativos y tornando de hecho, más que de Derecho, todo el régimen hacia un modelo punitivo segregacionista y retribucionista, que va aparejado con la actuación invidente de un Poder Legislativo que absurdamente pretende reducir la criminalidad incrementando los supuestos penales que llevan aparejada la pena privativa de libertad, amplificando su duración y generando como resultado ineludible un desbocado y hoy descontrolado crecimiento del fenómeno delincinencial y en correlato lógico, de la población penitenciaria.

2. La lógica del sistema: las ganancias

El modelo populista y punitivista extremado que se ha señalado y que se hace notorio ante el incremento de figuras delictivas, aumento y endurecimiento de penas privativas de libertad, profusión de medidas procesales de prisión preventiva, aumento de delitos de consumación anticipada y de peligro; precisa que para la ejecución de la pena privativa de libertad o para la adopción de medidas cautelares como la prisión preventiva, sea indispensable contar con más y mejores medios materiales, con establecimientos carcelarios suficientes para absorber los aumentos de población penitenciaria, pues de no lograr tales correctivos se acentuaría el fomento de un sentido incapacitador de la sanción aplicable a la persona¹.

En América Latina, el reinado de la pena privativa de libertad y de las medidas que la afectan, concluye por impactar una realidad presupuestaria y, en la mayoría de los casos, evidencia una falta de compromiso político por cumplir con los preceptos constitucionales en materia de los fines de la sanción; abandonándose el respeto a la

¹Vid., al respecto de éste, ya no tan reciente concepto definitorio del fin de la pena, F. E. ZIMRING/G. HAWKINS, *Incapacitation*, Oxford University Press, New York, 1995, *passim*; y, de forma global, K. BEYENS/S. SNACKEN, *Prison Privatization: An International Perspective*, en AA. VV., MATTHEWS/FRANCIS (Eds.), *Prisons 2000. An International Perspective on the Current State and Future of Imprisonment*, New York, 1996, p. 241; o, de modo sintético en la bibliografía española, B. DEL ROSAL BLASCO, *Las prisiones privadas. Un nuevo modelo en una nueva concepción sobre la ejecución penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. XLIII, fascículo II, 1990, pp. 562 ss.; el mismo, *La privatización de las prisiones. Una huida hacia la pena de privación de libertad*, en *Eguzkilore*, núm. extraordinario 12, diciembre de 1998, pp. 118 ss.; E. SANZ DELGADO, *Las prisiones privadas: La participación privada en la ejecución penitenciaria*, Madrid, 2000, pp. 147 ss.; el mismo: *Los límites de la participación privada en el ámbito penitenciario*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, vol. LIII, 1999, p. 397; el mismo: *Las prisiones privadas: Una solución insatisfactoria al problema penitenciario*, en *El rapto de Europa*, núm. 11, noviembre 2007, pp. 31 y 32; F. MUÑOZ CONDE, *Excursión: Incapacitación: La pena de prisión como simple aseguramiento o inocuización del condenado*, en AA. VV., *Derecho y prisiones hoy*, F. J. DE LEÓN VILLALBA (Coord.), Cuenca, 2003, pp. 13 ss.; A. TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, Madrid, 2005, p. 53.

dignidad del reo y estimando no resulta políticamente reeditable adoptar acciones que de alguna manera favorezcan al perdedor en el sistema y que es el condenado al que la sociedad estigmatiza y rechaza.

Las insuficiencias presupuestales y la ausencia de una política penitenciaria encerrada en los parámetros constitucionales, determina que sea mínima la inversión en medios materiales y personales reinsertadores y por el contrario, asumiéndose una postura de dureza y expiación por el sufrimiento en agravio de los delincuentes, se trate de entronizar prisiones en las que la alta seguridad e impedimento de fuga sean sus constantes sin interesar el tratamiento personalizado, reeducador, reformador y resocializador que debería por fuerza prestarse a quienes están privados de libertad; situación que es propicia para el beneficio económico empresarial y de ahí el interés de grandes empresas internacionales que ya están constituidas y operando en países desarrollados, por dirigir y gestionar prisiones en los del tercer mundo y que se publicitan con el engañoso slogan de colaborar activa y desinteresadamente con el sistema de justicia criminal supliendo todas las necesidades y falencias que la administración pública acuse en su gestión.

El argumento deviene en recurrente, pues por un lado se arguye no haber dinero en la administración pública para construir nuevos centros penitenciarios y superar la crisis de la superpoblación penal; y, por el otro, se señala que la empresa privada sí dispone de los recursos y además ofrece una mayor agilidad en la respuesta; lo que determina que en lugar de endeudarse el Estado o destinar los dineros que guarda en reservas, opte por delegar no sólo la labor de construcción de establecimientos penales, sino y lo que es más censurable aún, también su gestión y administración a través de contratos y durante largos períodos temporales que suelen exceder de veinticinco años, a empresas privadas que así «liberan» al Estado de esa responsabilidad y coste.

Mas tal liberación es ficticia, pues los contratos de leasing que se conciertan, como el que se ha suscrito en nuestra patria, terminan en muchas ocasiones, y sobre todo en países en los que no hay una política humanista, por empeorar la situación financiera del gobierno y la de los ciudadanos, amén del fracaso en el tratamiento penitenciario y en que continúe invariable lo artificioso de la reeducación, rehabilitación, reincorporación, reinsertación, reforma y resocialización del condenado.

Así, el principal argumento de la posición que conduce a la privatización penitenciaria y que reside en la mayor eficiencia económica y reducción de costos, ha devenido en gran medida en ilusorio², pues no se aprecia tras los estudios e investigaciones que las propias agencias gubernamentales han efectuado en diversas latitu-

² Cfr. A. J. BRONSTEIN, *Privatización de prisiones*, en la página de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal de México: <http://www.cdhd.org.mx/index.php?id=dfeabr04priva> (4/09/2008).

des, cuando han emitido los resultados de ese régimen después de más de veinte años de vigencia y compulsando las «nuevas experiencias»³.

Cuando entró en auge la política privatizadora correccional, se realizaron estudios oficiales comparativos entre las prisiones dirigidas por el Estado y las de similares características concesionadas al sector privado en Estados Unidos, siendo que la Oficina General de Contabilidad de ese país (GAO) concluyó en 1996 y tras analizar 10 años de experiencia, sustentada en informes y estudios realizados sobre el área económica de la privatización del sector, que no existían sustanciales diferencias en ese campo que hubiesen justificado la adopción de ese modelo⁴.

El argumento de mayor peso para los sectores económicos que impulsaron la privatización de las prisiones se desmoronó, pues la cesión de dicho servicio público, no significó algún ahorro para el arca estatal, tanto más que las empresas particulares están imbuidas en un afán de lucro y en consecuencia, los contratos y condiciones que ellas ofrecen para llevar a cabo la labor, acusan la constante de ser a largo plazo temporal y con marcadas cláusulas penales para el Estado en caso de incumplimiento.

En Estados Unidos de América que se observa se ha paralizado la expansión privatizadora de las prisiones a partir de este siglo; principalmente, por no existir datos comprobados que corroboren el cacareado éxito de la eficiencia y eficacia del sistema y la señalada reducción de costes económicos⁵ y aunque el Gobierno Federal con

³ Vid. General Accounting Office (G.A.O.), *Private and Public Prisons. Studies Comparing Operational Costs and/or Quality of Service*, en *Report to the Subcommittee on Crime, Committee on the Judiciary, House of Representatives*, Washington D. C., 1996, pp. 3 y 7; del mismo modo, se han expresado autores como D. SHICOR, *Punishment for Profit. Private Prisons/Public Concerns*, London, 1995, pp. 163 y 164; J. D. DONAHUE, *The Privatization Decision. Public ends Private Means*, New York, 1989 (Hay edición argentina por Paidós, Trad. por LORENZO J. GONZÁLEZ VIDELA, Buenos Aires, 1991, por la que se cita, p. 160); E. BATES, *Private Prisons*, en *The Nation*, January 5, 1998, p. 13, quien se refiere al fracaso en el intento de ahorro de las prisiones privadas y a la contrapartida del beneficio generado en favor de las compañías privadas propietarias; o, incluso, desde una posición favorable a la privatización, también se relativizan tales resultados económicos. Así, vid., D. C. McDONALD, *The Cost of Operating Public and Private Correctional Facilities*, en AA. VV., McDONALD (Ed.), *Private Prisons and the Public Interest*, New Brunswick/London, 1990, p. 103; o, incluso, aun desde otra óptica, C. H. LOGAN, *Private Prisons. Cons and Pros*. New York/Oxford, 1990, p. 76, como principal valedor de esta política privatizadora desde la academia, quien habida cuenta de los resultados obtenidos en los estudios comparativos negata relevancia a esta cuestión.

⁴ Otros trabajos más recientes, evaluadores de la calidad, constatan la inexistencia de superioridad, ni mejor gestión, en las prisiones privadas. Vid. al respecto, A. LIEBLING/H. ARNOLD, *Prisons and their moral performance. A Study of Values, Quality, and Prison Life*. Oxford, 2004, pp. 97-127.

⁵ Vid. R. F. CULP, *The Rise and Stall of Prison Privatization: An Integration of Policy Analysis Perspectives*, en *Criminal Justice Policy Review*, vol. 16, núm. 4, december 2005, p. 435: (http://www.securitytransformation.org/images/documentos/282_The_Rise_and_Stall_of_Prison.pdf).

tinúe renovando los contratos ya existentes y tras el desengaño, ya no se pactan nuevos contratos; reducción que igualmente experimentan hoy Gran Bretaña y Australia, lo que se va uniformizando en la égida de esos países y determina que las grandes corporaciones empresariales penitenciarias dirijan su interés crematístico hacia los entornos de países en vías de desarrollo, en los que los gobiernos se muestran incapaces para afrontar la superpoblación y proteger mínimamente la dignidad exigible en los establecimientos de reclusión⁶, como acontece en el Perú.

Sí resultaría bienvenida la participación de la sociedad, o del sector privado y sin ánimo de lucro, en los servicios auxiliares y posteriores a la ejecución de la pena, asumiendo una corresponsabilidad en la tarea pública de aplicación y ejecución de las leyes; sin embargo, dicho compromiso constitucional-ideológico, no pasa de ser una meta ideal que nadie en realidad se preocupa de fijar como un resultado real, siendo cierto que la resocialización del penado, que supone la búsqueda de su no desocialización, que exige e impone que en el establecimiento penal penitenciario, pueda desarrollar sus hábitos de vida en sociedad y en respeto a la ley penal, lo que se vería altamente favorecido con una participación privada no lucrativa, articulada por lo común a través de la colaboración de organizaciones no gubernamentales o religiosas, convenidas y avocadas a esa labor reintegradora.

Muy distinto y desalentador es el ánimo de lucro que se patentiza en la empresa privada y que se constituye en elemento distorsionador de cualquier fin resocializador, dado que el empresario, en una sociedad de mercado, atenderá prioritariamente a sus propios intereses económicos relegando a segundo plano fines constitucionalmente asignados a la ejecución de la pena privativa de libertad.

Con buen criterio, STEPHEN NATHAN al respecto ha indicado: «las empresas existen sólo para ampliar sus mercados por el interés de los accionistas; tienen obligación legal de así hacerlo. Para aumentar sus ganancias en el sector de la justicia penal, tal industria necesita se mantenga a más gente presa en el sistema y por más tiempo»⁷.

⁶ Tales realizaciones, como las llevadas a cabo en algunos países latinoamericanos, podían hasta recientemente consultarse, con sus factores políticos y empresariales coadyuvantes, en el permanente espacio que mantenía en internet la Escuela de negocios de la Universidad de Greenwich, con el trabajo de actualización constante de STEPHEN NATHAN, en la *Public Services International Research Unit*. Así, vid. S. NATHAN, *Prison Privatisation Report International*, en <http://www.psiu.org/ppri.asp>; vid., asimismo, de modo particular, los estudios pormenorizados de los sistemas penitenciarios iberoamericanos en Federación Iberoamericana de Ombudsman, G. ESCOBAR (Dir.), *Sistema penitenciario, V Informe sobre Derechos Humanos*, Madrid, 2007, *pássim*.

⁷ Cfr. S. NATHAN, *Privatización de la prisión: Acontecimientos y temas internacionales y sus implicaciones para América Latina*, ORLANDO GARCÍA-VALVERDE (Trad.), en AA. VV., E. CARRANZA (Ed.), *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe: Cómo implementar el modelo de derechos y obligaciones de las Naciones Unidas*, Madrid, 2009, p. 292.

Cuando un Estado indebidamente renuncia a su responsabilidad de ejecutar la pena y la delega a una empresa, deviene en trascendente verificar la redacción y detalles del contrato y su regulación en cuanto a su posterior supervisión y control; lo que permite comprobar lo desventajoso de esa cesión y que ha sido señalada reiteradamente por los críticos de la privatización penitenciaria⁸.

El protagonismo de la actividad contractual particular y el necesario despliegue de garantías que los contratos incluyen, son elementos fundamentales de estudio en la bibliografía interesada en la privatización correccional⁹; comprobándose que aún con contratos minuciosamente celebrados en los que se trata de poner en buen resguardo la vida y dignidad de los reos, según informes fiables verificados a nivel internacional, se hallan, en relación con las prisiones privatizadas, reiteradas referencias a muertes producidas en prisión, a evasiones, a mutilaciones y lesiones ocasionadas por los vigilantes, a motines, torturas, encierros en celdas de aislamiento, resultados lesivos por negligencia médica o funcional, a compañías que violan derechos laborales, a falta de supervisión y control de los contratos, a incumplimientos por parte de las empresas de sus obligaciones convencionales, y a la muy frecuente concertación delictiva entre los dirigentes de dichas empresas con funcionarios públicos¹⁰,

⁸ Vid. HARDING, *Models of accountability for the contract management of prisons*, en *Private Prisons and Police. Recent Australian Trends*, P. MOYLE, (Ed.), Leichhardt NSW, 1994, pp. 71 ss.; D. SHICHOR, *Private Prisons*, en AA. VV., MCSHANE/WILLIAMS (Eds.): *Encyclopedia of American Prisons*, New York/London, 1996, p. 367; el mismo: *Punishment for Profit. Private Prisons/Public Concerns*, ob. cit., pp. 111 y 112; en este sentido, el último citado resalta acertadamente, a mi entender, «lo que revelaría un cierto grado de desconfianza en las capacidades, motivos y ética de las corporaciones privadas. Así, la característica más contradictoria en esta materia es que los proponentes de la privatización, esperan que las agencias gubernamentales y sus empleados, que han sido constantemente denostados por esos mismos partidarios tachándoles de ineptitud, incompetencia, falta de interés en su trabajo e ineficiencia, sean capaces de hacer un buen y efectivo trabajo en la supervisión y control de las prisiones privadas. Básicamente, los teóricos y partidarios de la privatización aceptan el papel del gobierno en lo referente al planeamiento, supervisión, imposición fiscal y pago de las cuentas de los ejercicios [...], el problema es que siguiendo este argumento, el gobierno disminuiría su capacidad de hacer cumplir los contratos y no podría reaccionar con efectividad si los contratos dejaran de cumplirse por la otra parte, excepto cambiando a los contratistas proveedores del servicio, lo cual no parece ser una prometedora opción en el negocio de prisiones». Cfr., el mismo: últ. ob. cit., p. 132.

⁹ Véanse, por todos, en desarrollo de esta materia, los definitorios trabajos de J. MULLEN/K. J. CHABOTAR/D. M. CARROW, *The Privatization of Corrections*, National Institute of Justice. U. S. Department of Justice, february, 1985, pp. 55-85; la extensa y, por analítica, valiosa obra de I. P. ROBBINS, *The legal dimensions of private incarceration*, American Bar Association, Washington, D. C., 1988, pp. 135-461; asimismo, C. H. LOGAN, *Private Prisons: Cons and pros*, New York/Oxford, ob. cit., pp. 76-78; K. L. AVIO, *On Private Prisons: An Economic Analysis of the Model Contract and Model Statute for Private Incarceration*, en *New England Journal on Criminal and Civil Confinement*, vol. 17, núm. 2, summer, 1991, pp. 276-300; D. SHICHOR, *Punishment for Profit. Private Prisons/Public Concerns*, London, 1995, pp. 111-119.

¹⁰ Vid., a modo de ejemplo, la noticia del Diario *El Economista.es* (13/02/2009): «Dos jueces de EEUU admiten haber recibido pagos por dictar largas sen-

a través principalmente del delito de colusión ilegal y que desvelan graves irregularidades en materia de condiciones y pagos, surgiendo normalmente casos de funcionarios públicos denunciados y penados por su implicación corrupta en el proceso de contratación¹¹, lo que permite exigir el actual Gobierno de nuestro país, revise el contrato celebrado en la materia.

1. Algunos datos del caso peruano

En nuestro país, en marzo del 2011 se adjudicó a un consorcio español compuesto por las empresas Montealto XXI (infraestructuras), Exeteco Internacional (consultora y de gestión y además constructora de prisiones) y Eulen (empresa de seguridad privada que ya ostenta la gestión de determinados servicios en el aeropuerto Jorge Chávez de Callao), el concurso de proyectos integrales para la entrega en concesión del diseño, financiamiento, construcción, operación, mantenimiento y transferencia de un establecimiento penitenciario en la Región Lima, concretamente en la provincia de Huaral¹².

Para hacerse con la licitación, el Consorcio presentó su respectiva oferta económica y a partir de la firma del contrato, además del diseño, financiación y construcción del nuevo establecimiento penitenciario, el consorcio habrá de ocuparse del mantenimiento y operación de la cárcel por un período de 25 años, la que tendrá una capacidad para 1.536 reclusos varones no reincidentes, incluyendo una factoría que estará a cargo de la concesionaria, que proporcione trabajo a no menos del 60% de la población penitenciaria.

En cuanto a la posición jurídica de la concesionaria en el Capítulo VII del mentado contrato, se señala *ad litterem*: «La operación del establecimiento penitenciario por parte del concesionario constituye un derecho, en la medida que es el mecanismo mediante el cual el concesionario recuperará la inversión, así como un deber en la medida que el concesionario asume la administración, seguridad, mantenimiento y operación del establecimiento de acuerdo a lo establecido en el contrato, las bases y la normativa aplicable [...] durante la vigencia de la concesión, el concedente mantendrá la titularidad de los bienes afectos a la concesión; sin perjuicio de ello, esta conce-

tencias» (<https://www.economista.es/flash/noticias/1032213/02/09/Dos-jueces-de-EEUU-admiten-haber-recibido-pagos-por-dictar-largas-sentencias-.html>); o también, respecto del problema global de la privatización de servicios prisiones: http://www.nodo50.org/defensajuridica/article.php3?id_article-10.

¹¹ Vid., al respecto, ampliamente, el antes citado informe de STEPHEN NATHAN, *Public Services International Research Unit*, University of Greenwich, 2003, antes publicado en: <http://www.psiru.org/ppri.asp>, y que hoy puede consultarse en: http://www.osf.org.za/File_Uploads/docs/PrisonPrivatisationAugust2003.pdf.

¹² Terreno definido en el Anexo 1 del contrato está registrado en la Partida Electrónica núm. 60021298, de los Registros de Propiedad Inmueble, de la Oficina Zonal Registral IX- Sede Lima, Oficina Registral de Huaral y su independización obra inscrita en el Asiento núm. B 00004 de dicha partida.

sión es título suficiente para que el concesionario ejerza derechos exclusivos de uso y/u operación sobre los mismos».

En materia de derechos de los internos, en el penal a construir, se connota que a diferencia de cualquier normativa racional de ejecución penal, que impone como primer término atenderse al tratamiento y protección de los derechos de las personas privadas de libertad, no ocurre tal, pues luego de referirse el acuerdo principalmente a datos relativos al diseño, financiación y organización de la infraestructura carcelaria, recién en el literal i), indica genéricamente: «ejecutar el tratamiento penitenciario de los internos para su reinserción social, mediante la aplicación de las leyes y demás disposiciones aplicables y en cumplimiento de lo dispuesto en el contrato»; siendo que, sorprendentemente, después de establecer obligaciones relativas a la seguridad, en el mentado literal se señale: «asegurar que los internos serán tratados acorde a su dignidad humana y se promueva su desarrollo personal para fomentar su correcta reinserción social».

El orden de prioridades contenidas en el contrato resulta así desalentador, más aún si se relega a un segundo plano obligaciones como las previstas en los literales p) y r) y que consisten en «mantener un ambiente saludable que provea de los servicios básicos a los internos» y «ejecutar las acciones necesarias para determinar la salud de los internos».

No se puede negar que la rentabilidad de la concesión genera que necesariamente todo recorte económico afecte los servicios diarios como el de alimentación y cuando se producen incrementos de precios u otros fenómenos de aumento del coste de vida; por lo que resulta atinado reflexionar en lo destacado por el jefe del Programa de Asuntos Penales y Penitenciarios de la Defensoría del Pueblo, José Ávila, al señalar: «Habría que tener mucho cuidado con algunos servicios, pues la experiencia con el servicio de alimentación de los presos no es buena. Las empresas privadas dan un pésimo servicio»¹³.

Se señala, no obstante, que se hallaría suficientemente garantizado el tratamiento penitenciario con el establecimiento de talleres o centros laborales a favor de los internos en la privatización anunciada; empero, si bien es elemento importante asegurar una ocupación laboral en el tratamiento en determinados casos; sin embargo, ello no es el único instrumento valedero, pues el procedimiento penitenciario en la actualidad se configura de manera muy diversa atendiendo a las circunstancias personalizadas del interno (individualización científica); siendo que el sólo introducir el modelo propio de una casa de trabajo en un centro penal, además de lo insuficiente, corre el riesgo de entrañar intereses económicos del concesionario para explotar la mano de obra depreciada del interno.

¹³ Vid. el artículo *Tercerización sería para penales nuevos*, en diario *El Comercio*, 1 de febrero de 2008.

La realidad norteamericana al respecto, arroja datos pesimistas, desde que pese a que los contratos celebrados imponían a la empresa la asignación de puestos de trabajo para los internos, los datos oficiales acreditaron, verbigracia, el año 2005 que: «la asignación de trabajo no fue ofrecida a los internos en el 2% de los establecimientos públicos y en el 21% de los establecimientos privados»¹⁴.

De otra parte, la justificación de que el centro penitenciario que se construya a raíz de la citada concesión será de primera calidad en materia de infraestructura y capacidades¹⁵, no excluye el hecho de que el marco material no lo es todo, pues si se pretende cumplir con los fines de la pena que señala la Constitución y la normativa general sobre ejecución penal, es evidente que existen otros aspectos que no pueden desdeñarse.

La capacitación de los profesionales de asistencia penitenciaria es así un elemento clave, siendo que en las prisiones privatizadas, su número tiende por lo general, a ser minúsculo para rebajar costes; sin perjuicio de que dicha disminución se extiende a vigilantes o personal de seguridad. En el contrato adjudicado que se ha mentado, se señala que aparte de los puestos de seguridad permanente, la empresa concesionaria deberá asignar una persona de seguridad interna por cada 100 presos, lo que incrementa la distancia interpersonal tan trascendente para la rehabilitación, entre los colectivos de internos y los funcionarios, no permitiendo se establezcan vínculos que contribuyan decididamente a la reinserción social.

Sin perjuicio de lo expuesto, la dignificación de los profesionales y del personal de seguridad y vigilancia exige para un buen hacer penitenciario, y para evitar la corrupción de las mejores remuneraciones, lo que en nuestra realidad no acontece, pues por ejemplo, los abogados y psicólogos que trabajan para el INPE ganan un promedio aproximado de S/.1.200 y los agentes penitenciarios, de S/.900 por mes, verificándose además un déficit aproximado de 3 000 agentes y 1 500 profesionales; deficiencia que no se ha de superar con la privatización, pues imperando el sentido crematístico, el nivel de calidad y remunerativo de dichas personas, no habrá de variar significativamente, sin dejar de lado de que se ampliarán los horizontes para prácticas corruptas cuando se trate de una empresa que da preferencia a su interés lucrativo antes que al bienestar de los reclusos.

Los trabajadores de la empresa privada que en la gestión Carcela-

¹⁴ Vid., al respecto, J. J. STEPHAN, *Census of State and Federal Correctional Facilities, 2005*, en *Bureau of Justice Statistics (US. Department of Justice. Office of Justice Programs)*, p. 6. Disponible en <http://www.ojp.usdoj.gov/>.

¹⁵ La empresa española Exeteco ya construyó (tras ser subcontratada por Watsegur del Grupo Isolux), fuera de España, el perímetro de seguridad, motorizaciones y la cerrajería del Centro penitenciario de Coro en el Estado de Falcón, en Venezuela, si bien con fondos y gestión pública y siguiendo un programa estatal de humanización penitenciaria (vid., <http://exeteco.es/galeria/galeria.htm>).

ria desarrollen la misma labor que los que dependen del Estado, tendrán asimilado su salario y lo que es más: carecerán de la capacitación y la experiencia que ya tienen los trabajadores públicos.

Del mismo modo, debe examinarse la situación de la imposición gubernamental de trasladar el modelo arquitectónico de «centro tipo penitenciario», que se remite al español y que ofrece el Consorcio que ha obtenido la concesión, lleva a pensar dentro del propósito dignificador de la reclusión, que resulta acertada la celebración de contrato pues su marco material va a permitir anticipar una vida más cómoda y con mejores posibilidades para los internos; sin embargo, ello resulta equivocado pues el contrato no incluye taxativamente elementos de mayor relevancia que se concreten en la actuación de un personal penitenciario, excelentemente preparado y diversificado atendiendo a las funciones de seguridad y tratamiento, ni tampoco avisora una política presupuestaria estatal proclive a ser muy flexible para atender las necesidades de los diversos grupos de internos y atender sus carencias, implantando programas de tratamiento individualizado.

El importar un modelo español de manera parcial, resolverá problemas parciales, amén de preguntarnos desde un punto de vista sociopolítico, cuál es nuestra posición de aceptar siglos después de una independencia gloriosamente obtenida y que celebramos cada 28 de julio, que ciudadanos peruanos privados de libertad, sufran encierro en una prisión regentada por empresas españolas y en todo caso, por empresas extranjeras.

Los internos que va a recibir la empresa en el Establecimiento Penitenciario de Huaral, han de ser los que menos problemas puedan dar; lo que significa que el Estado peruano delega lo que es más fácil de gestionar, pues se trata de internos no reincidentes ni habituales y que sólo pueden tener como antecedente una condena no grave; exigiéndose en cuanto a medidas cautelares, que los internos procesados no deban registrar dos o más condenas condicionales previas. Igualmente, ningún interno puede provenir por traslado de otro establecimiento penitenciario en el que se le haya clasificado en un régimen cerrado especial; se prevé la exclusión de internos en los que se haya producido refundición de penas o que procedan de centros de reclusión en que hayan sido calificados como difícilmente readaptables; se exige que la edad del interno ha de fluctuar entre los 21 y 45 años y no haber acumulado dos evaluaciones desfavorables consecutivas en el establecimiento penitenciario del cual provienen o cometido faltas graves que afecten la seguridad del establecimiento penitenciario.

Asimismo, se indica que de modo alguno, los internos podrán proceder de establecimientos transitorios y que tratándose de los que ya han sido condenados y son procesados por nuevo delito cuando permanecen en el establecimiento, por el solo hecho de este segundo proceso, deben ser retirados del mismo.

La disciplina inherente a la vida prisional, así como la gran cantidad de control desplegado sobre los internos en el entorno penitenciario, conduce a establecer la inconveniencia de delegar las capacidades de su gesta a empleados privados. A este respecto, ha de atenderse a las funciones cuasi-judiciales que, se confieren a la administración penitenciaria en cada establecimiento, anotándose que, por lo general, la duración de la estancia reclusoria depende, en gran medida, de la obtención de beneficios penitenciarios (*good time* en terminología anglosajona) y que, al igual acontece en el ámbito norteamericano o en las decisiones relativas a la Parole (libertad condicional continental norteamericana), resultan trascendentes los informes que deben emitir determinados conformantes del personal penitenciario y que tratándose de prisiones privatizadas, su dependencia empresarial, las expectativas lucrativas dirigidas a lograr la mayor extensión en el tiempo de las condenas¹⁶, determinan un desdibujamiento en el otorgamiento de los beneficios. Así, nos hemos de preguntar: ¿Quién concederá los beneficios penitenciarios que suponen una disminución de tiempo en prisión? La propia definición contractual de tales beneficios, que incorpora el contrato de concesión precitado, señala: «son los estímulos que forman parte del tratamiento penitenciario progresivo y responden a la individualización de la pena, a los cuales tienen acceso los internos que cumplan los requisitos establecidos en el Código de Ejecución Penal, su Reglamento, las Leyes y disposiciones aplicables».

Si la empresa que dirige y gestiona el establecimiento obtiene rentas por cada interno que custodia (*per diem basis*), ello pudiera influir decididamente en los previos informes para la concesión de los beneficios y demorar una salida de internos que teniendo ganado el derecho, no lo pueden gozar por razones de lucro empresarial.

En el contrato y en su apartado m) de la cláusula relativa al objeto y obligaciones de la empresa concesionaria, se indica: «No adoptar acciones disciplinarias que atenten contra la dignidad de los internos, ni pretendan modificar los plazos de reclusión»; mas resulta cierto que para no favorecer la concesión de beneficios el recurso de imponerse sanciones disciplinarias no es la única vía, pues como lo tiene señalado el fundamento 14 en la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente núm. 1593-2003-HC/TC, el otorgamiento de beneficios no está circunscrito únicamente al cumplimiento de los requisitos que el legislador pudiera haber establecido como parte del proceso de ejecución de la condena, desde que la determinación de si corresponde o no otorgar a un interno un determinado beneficio penitenciario, no debe reducirse a verificar si aquél cumplió o no con los baremos formales que la normatividad contempla, sino que debe comprobarse una situación de resocialización del reo y que habrá de ser calificada, obviamente, por el per-

¹⁶ Vid. D. SHICOR, *Punishment for Profit. Private Prisons/Public Concerns*, ob. cit., p. 53.

sonal penitenciario.

Asimismo, en virtud del apartado 7.23 del contrato «el concesionario deberá cumplir con las disposiciones que regulan y/o reglamentan el trámite y concesión de los Beneficios Penitenciarios de acuerdo a los requisitos y plazos establecidos en el Código de Ejecución Penal, su Reglamento, Leyes y disposiciones aplicables y está obligado a organizar en forma oportuna y eficiente los expedientes con las solicitudes de beneficios penitenciarios y remitirlos a la autoridad competente designada por el INPE conforme al artículo 228-A del Reglamento del Código de Ejecución Penal aprobado por D. S. 007-2010-JUS».

De igual modo, «en la formación del expediente sobre beneficios penitenciarios el concesionario deberá emitir los informes necesarios con criterios técnicos de alta fiabilidad y confidencialidad teniendo responsabilidad sobre los documentos que emita».

En el Capítulo VII del mentado contrato y en lo relativo a la clasificación del interno, apartado 7.14 se consigna: «El concesionario podrá hacer uso de la fuerza y la coacción únicamente como reacción inmediata contra la comisión de delitos o como defensa para la protección de los bienes afectos a la Concesión y la seguridad de las personas que estén dentro del EP, así como para evitar la evasión de internos, el tráfico de sustancias y objetos prohibidos y la destrucción o sustracción de bienes». Además, en el apartado 7.24 del mismo capítulo, se prevé que la empresa concesionaria podrá «hacer uso de los dispositivos disuasivos no letales incorporados en el listado de Equipamiento de Seguridad. En aquellos casos en que por razones imprevistas se produzcan lesiones graves y/o inclusive el fallecimiento de algún interno, la eventual responsabilidad civil será asumida por el concedente (Estado peruano) sólo si se llegara a probar que no hubo negligencia ni impericia que genere responsabilidad al concesionario, debido a que éste actuó en forma diligente y oportuna. El monto que deba ser abonado por el concedente, será pagado por el concesionario con cargo a los recursos que debían ser entregados al concedente y que se generen por los ingresos de los servicios complementarios y/o de la factoría». Tratándose del derecho de defensa de los internos, queda él también delimitado por un procedimiento sancionador privado, pactándose: «se asigna al concesionario la competencia de instruir procedimientos administrativos disciplinarios para los internos, recabando las pruebas y emitiendo los informes que recomienden las acciones que deberán ser dispuestas por el Supervisor de Operación» (apartado 7.38), lo que supone una distorsión jurídica desde que la empresa privada instruiría «procedimientos administrativos disciplinarios» que competen exclusiva y excluyentemente a la función pública.

Preocupa finalmente, que la responsabilidad e independencia de la supervisión y control de la actividad penitenciaria y de la operación del EP recaiga, en un sujeto (en lugar de en un más útil Juez de

Ejecución o de Vigilancia penitenciaria como hay en otros países), cuyo costo de la contratación abonará la propia empresa concesionaria estableciéndose que «el Supervisor de Operación deberá mantener presencia permanente en el EP y tendrá a su cargo la supervisión del cumplimiento de todas las obligaciones contractuales y legales ligadas con la operación del EP».

4. Conclusiones

Ante los resultados que internacionalmente se han evidenciado en cuanto a la privatización del sistema carcelario y ante la situación nacional, merituando los términos que se hallan en el contrato celebrado, se concluye que éste no ha de colaborar en reencauzar la política penitenciaria a un modelo eficaz, eficiente y sobretodo humanista, por lo que tal no convence y antes bien se objeta.

Lo trascendente y que no debió obviar el gobierno peruano, fue su obligación de no claudicar a una función que, creemos, le es exclusiva, excluyente y monopólica, consistente no sólo en establecer qué hechos configuran delitos o faltas, fijar sanciones y consecuencias accesorias, promover la persecución penal y definir luego de un debido proceso responsabilidades y penas individualizadas, sino también, el ejecutar éstas, procurando cumplir los fines que señala la propia Constitución destinando a ello el presupuesto suficiente y no apoyándose en la iniciativa privada que persigue, naturalmente, otros fines.

El crecimiento inusitado de la criminalidad violenta y la sensación social de una inseguridad ciudadana, alimentada diariamente por los medios de comunicación social, han apuntado a un endurecimiento de penas y, en el campo penitenciario, a instaurar más establecimientos de máximo control o seguridad, minimizando lo que incentiva el afán subjetivo de la resocialización: los beneficios penitenciarios; complementando dicha política la acción iniciada de privatizar los centros carcelarios, perdiéndose la perspectiva de que lo trascendente debiera ser fomentar y construir una cultura de prevención sustentada en la educación ciudadana y cultivo de ética dirigida a valores cívicos, cuanto otorgar más oportunidades al colectivo de concretar sus proyectos de vida.

En el específico ámbito penal, amén de insistir en la subsidiariedad de la aplicación del *jus puniendi*, que hoy está arrinconado; una actitud estatal sensata y que realmente respete los fundamentales principios de *última ratio* e intervención mínima, impone la adopción de distintas políticas, huyendo del populismo revanchista y de esa conversión o incorporación al Derecho penal de lo que en puridad constituyen acciones que se hallan en la égida del Derecho administrativo sancionador, cuanto reduciendo la tipificación de figuras que propenden a sancionar hechos comisivos u omisivos en los que no hay resultado lesivo, sino de peligro abstracto o hechos que se hallan en la esfera intermedia del *iter criminis* o configuran actos prepa-

ratorios.

Asimismo, el evitar tan altas cifras de encarcelamiento implica reconocer la conveniencia de instauración y aplicación de los subrogados penales y de sanciones de otra índole, de carácter administrativo y penal, soslayando en lo posible la reclusión efectiva, más aún si penas privativas de libertad de corta duración son irrazonables, pues no permiten un proceso de resocialización y corresponden a ilícitos de poca gravedad.

En un país como el nuestro, en el que desgraciadamente hay magistrados que creen dignificar su función imponiendo la efectividad en las penas privativas de libertad de corta duración o decretar prisión preventiva, sin un adecuado estudio individualizado y bajo el hipnotismo del arma social que esgrimen los medios de comunicación y el muy pocas veces acertado clamor popular, origina un incesante crecimiento del número de internos que se asilan en el interior de los muros de las cárceles de nuestro país; incremento que estimamos habría aún más de acentuarse con la privatización puesta en marcha, rememorando al efecto la sentencia del Director del ILANUD, Elías Carranza al afirmar: «los países que tienen más tiempo en el negocio de la privatización de prisiones y más prisiones privadas tienen también, comparativamente, las tasas más altas de presos»¹⁷.

Por ello, el efecto final de la pena privativa de libertad privatizada, en una sociedad como la contemporánea, será la expansión del control social formal¹⁸, y un deterioro de los fundamentos que pretende la reforma penal internacional, en el sentido de reducir al máximo el internamiento mediante el impulso de alternativas¹⁹, pues, como afirma DAVID GARLAND, en esta nueva cultura de control²⁰, que lleva a poner en tela de juicio cualquier visión postmoderna de la penalidad²¹, el gobierno haciendo uso de estas políticas privatizadoras terminará siendo capaz de aplicar de manera más extensa, su poder coercitivo y manipular un mayor número de personas de variadas formas, relegando a un lado las políticas preventivas y las alternativas penales de corte humanista.

¹⁷ Cfr. E. CARRANZA, *La privatización penitenciaria en América Latina*, en AA. VV., *Cárcel y Justicia Penal en América Latina y el Caribe*, E. CARRANZA (Ed.), ob. cit., p. 318.

¹⁸ Vid., al respecto, J. M. SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, 2ª ed., Reimpresión Montevideo/Buenos Aires, 2006, pp. 78-82, en una certera referencia al pretendido proceso deslegitimador de lo público por parte de los partidarios de la privatización sobre criterios de supuesta ineficiencia.

¹⁹ Vid. A. J. BRONSTEIN, *Privatización de prisiones*, ob. cit., en <http://www.cd hdf.org.mx/index.php?id=df eabr04priva>

²⁰ Cfr., por todos, D. GARLAND, *The Culture of Control*, Oxford, 2001, *pássim*.

²¹ Cfr. A. TÉLLEZ AGUILERA, *Nuevas penas y medidas alternativas a la prisión*, ob. cit., p. 52; asimismo, con anterioridad, D. GARLAND, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social*, Introducción BERTA RUIZ DE LA CONCHA, Madrid/México, 1999, pp. 209 ss.

En el campo normativo, debe propenderse en nuestra realidad jurídica, a instaurar y consagrar reglas penitenciarias que se constituyan en criterios orientadores de las disposiciones legales que prescriban «la prisión como servicio público»²² y en caso excepcional de que se acuda a empresas particulares en referencia a los centros carcelarios, no se les conceda su gestión operativa; previendo y fomentando en cambio, la intervención coadyuvante de corporaciones que faciliten inversión, trabajo y dedicación de manera desinteresada en lo patrimonial; adquiriendo así fuerza el freno para que las iniciativas privatizadoras que estén dirigidas al lucro no hallen en nuestra patria un fértil campo de inversiones a costa de nuestros principios y de nuestros conciudadanos.

²² Vid., al respecto, la crítica a la posibilidad privatizadora de A. TÉLLEZ AGUILERA, *Las nuevas reglas penitenciarias del Consejo de Europa (una lectura desde la experiencia española)*, Madrid, 2006, p. 142.

LA CUANTÍA EN EL DELITO DE HURTO

CLAUDIA LIZBETH FLORES FUENTES

*«Scire leges non est verba earum tenere,
sed vim ac potestatem»
Saber las leyes no es aprender sus palabras,
sino su espíritu y su fuerza»*

Entre la diversidad de conceptos contenidos en el Código penal peruano se advierte la figura del hurto, cuyos matices no se vislumbran en la praxis judicial, pues es cada vez más patente el problema teórico doctrinal acerca de la exigibilidad de un criterio cuantificador para su configuración. Sobre el particular, existen dos posiciones antagónicas. La primera, de quienes aseveran que es menester verificar la cuantía en el tipo base y, por tanto, no se estructura el tipo calificado si no se da antes aquél¹. Su antípoda —a la que nos adherimos—, sostiene la insubsistencia de tal cuantificador, arguyendo que el importe pecuniario señalado en el artículo 444 del Código penal es una medida valoradora aplicable a las faltas, que privilegia —en palabras de HURTADO POZO²— o atenúa la conducta del hurto simple y la deviene en falta o, si se quiere, disminuye la carga del injusto en delitos de poca monta.

Así, para el primer parecer, se evaluará *prima facie* si el monto de lo sustraído sobrepasa una remuneración mínima vital —quinientos cincuenta soles hasta noviembre del dos mil diez—, para luego establecer la existencia de circunstancias calificantes en la acción. Para los que disintimos de tamaña tesis, se examinará sin más la concurrencia de las circunstancias estipuladas en el artículo 186 del Código penal, al no ser relevante la tasación del bien, pues en estos casos

¹ ALONSO RAÚL PEÑA CABRERA FREYRE, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo II, Idemsa, Lima, 2008; JOSÉ LUIS CASTILLO ALVA, *Derecho Penal. Parte Especial*, tomo I, Grijley, Lima, 2008.

² Así, apunta el autor que los tipos privilegiados añaden al tipo básico otros elementos que determina la atenuación de la pena, JOSÉ HURTADO POZO, *Manual de Derecho Penal, Parte General I*, 3ª ed., Grijley, Lima, 2005, p. 419.

la magnitud de la sanción obedece a la salvaguarda de bienes jurídicos cuya vigilancia se torna tenue, amén de la envergadura de los mismos —disímiles al patrimonio³, por cierto—.

Ergo, quienes aseveran la existencia de un cuantificador toman como base la premisa de que no se debe desgastar al Estado en nimiedades, por cuanto éste debe ocuparse de bienes jurídicos de talante mayor, «pues resulta inicuo y exagerado con el consecuente perjuicio económico que se ocasiona al Estado»⁴, olvidando que en la realidad acaece todo lo contrario, pues el *quid* de los tipos calificados responde precisamente a la protección hacia bienes más significativos que el patrimonio, *v. gr.* vida, integridad física, consagrados en la Constitución, así como por las especiales circunstancias en que sucede.

Decantarse por la postura acomodaticia cuantificadora, generaría aceradas consecuencias en la praxis judicial, siendo una de éstas el privar de protección penal a las personas de condición menesterosa, en tanto lo poco que éstas poseen es de escaso valor y no se llegará al «supuesto monto» que se aduce en líneas precedentes, lo que convertiría al Derecho penal en un derecho selectivo, amén de constituir un contrasentido lógico y político criminal que el legislador no ha pretendido⁵.

Otra secuela se erige en las denominadas «paradojas generadoras de impunidad o impunogenia»⁶, constituidas principalmente por los incisos 4 y 7 del segundo párrafo del artículo 186 del Código penal, cuya praxis se ajustaría a una falta de no sobrepasar el «monto límite», siendo más rigurosa la consecuencia si la conducta deviene frustrada, en cuyo caso ésta carecería de connotación penal, al no existir tentativa en las faltas. Los ejemplos a continuación, no versan sobre conductas esporádicas o hipotéticamente inviables, sólo por citar algunos casos⁷. En nuestro país, el habitante nacional ha

³ Sobre el particular, nos adherimos a la «concepción patrimonial personal» del germano OTTO HARRO que destaca principalmente el «valor de uso» de las cosas por encima del valor económico, así como la relación fáctica a existir entre la persona y la cosa.

⁴ RAMIRO SALINAS SICCHA, *Delitos contra el patrimonio*, 2ª ed., Lima, 2006, p. 44.

⁵ Ello lo demuestra palmariamente una revisión sucinta del Título V del CP —Delitos contra el patrimonio— donde se advierte que ninguno de los artículos que éste contiene —hurto, robo, apropiación ilícita, estafa, extorsión, etc.— considera un valor económico límite.

⁶ JORGE LUIS SALAS ARENAS/NÉSTOR ÁNGEL CÁCERES TRUJILLO, *Las calificaciones en el hurto agravado y sus relaciones con el hurto simple: entre la legalidad, la favorabilidad y la impunidad*, en *Estudios de Derecho Penal. Libro Homenaje a Domingo García Rada*, JULIO ARMAZA GALDOS (Dir.), Editorial Adrus, Arequipa, 2006, p. 231.

⁷ Entre los casos más sonados ocurridos en nuestra ciudad tenemos a la banda «Los Trujillanos» conformada por Fernando Angerson Arapa Grajeda, Jaime Manrique Segura y Felipe Ávalos Castillo, quienes la noche del 24 de noviembre del 2010 fueron capturados luego de sustraer de una casa de la Urbanización La Melgariana una impresora y un CPU, siendo que en el decurso del pro-

autogenerado sus mecanismos de subsistencia para hacerle frente a la desventura, haciendo uso de herramientas generadoras de actividades lucrativas que las más de las veces no superan la remuneración mínima, *v. gr.*, las máquinas en que se preparan emolientes o comida al paso, así como en las que se venden golosinas; todos estos, instrumentos vitales para el desempeño de estos trabajos, sin los cuales se truncarían no sólo éstos, sino además —y esencialmente— las posibilidades de sobrevivencia de la víctima (artículo 186, 2do párrafo, inc. 7: *sobre bien que constituye único medio para la subsistencia o instrumento de trabajo de la víctima*). Por consiguiente, para los que arguyen la posición cuantificadora, cometerá faltas aquel lépero que sustraiga un carrito de emolientes y, una nonada —entiéndase «absolutamente nada»— si la conducta no se consuma, pretiriendo la primacía un derecho constitucional —derecho a la vida e integridad física— muy por encima de uno patrimonial. Otro efecto peyorativo es advertido en los hurtos a los ancianos que cobran sueldos mensuales en la ONP, cuyo monto promedio es de cuatrocientos quince nuevos soles⁸, dinero que compone su patrimonio para sostenerse todo el mes, por lo general (artículo 186, 2do párrafo, inc. 4: *colocando a la víctima o a su familia en grave situación económica*). Este cariz valuador denota una diáfana inviabilidad desde una perspectiva lógica, pues «no puede establecerse que las afectaciones a bienes jurídicos más trascendentes que el patrimonio deban quedar como conductas impunes o derivarlas hacia la configuración de tipos penales diferentes, como la única posibilidad que quedaría si se acepta la estimación de un cuantificador en el tipo base»⁹, *v. gr.*, desamparar a personas seniles en absoluta indigencia o mermar la situación económica familiar —sea temporal o permanente—. En base a lo explicitado, a todas luces queda claro que la intención del legislador es resguardar bienes constitucionales más importantes que el patrimonio y, por tanto, no es dable la exigencia de algún límite pecuniario previo.

Por su parte, la doctrina mayoritaria que se ha pronunciado en torno a este tema, se condice¹⁰ en que este criterio cuantificador no debe ser considerado condición *sine qua non* para el hurto calificado, en principio, porque de los artículos 185 y 444 del Código penal se desprende que se «excluye normativamente» a las formas califica-

ceso —Exp. núm. 3969-2010, tentativa de hurto calificado— se determinó en primera y confirmó en segunda instancia su responsabilidad, siendo condenados a pena suspendida los dos primeros y efectiva, el último.

⁸ Según *Resolución Jefatural núm. 001-2002-JEFATURA/ONP*, de fecha 2 de enero del 2002, artículo 1, publicado en *El Peruano*, 3 de enero del 2002.

⁹ JORGE LUIS SALAS ARENAS/NÉSTOR ÁNGEL CÁCERES TRUJILLO, *Las calificaciones en el hurto agravado y sus relaciones con el hurto simple: entre la legalidad, la favorabilidad y la impunidad*, ob. cit., p. 231.

¹⁰ Entre ellos, LUIS ROY FREYRE, FRANCISCO MUÑOZ CONDE, JUAN BUSTOS RAMÍREZ, LUIS ALBERTO BRAMONT-ARIAS TORRES/MARÍA DEL CARMEN GARCÍA CANTIZANO, JAVIER VILLA STEIN, FIDEL ROJAS VARGAS, RAMIRO SALINAS SICCHA, JOSÉ MARÍA LUZÓN CUESTA y ALFONSO SERRANO GÓMEZ.

das, por principio de legalidad. Así también, para ROJAS VARGAS, «más que el valor referencial del bien, lo que interesa en el hurto agravado es el modo cómo se realiza la sustracción-apoderamiento»¹¹. En efecto, si el *quid* fuese el valor pecuniario del bien, ello implicaría desdeñar las circunstancias de cada caso concreto, *v. gr.*, las necesidades y fines que tiene el bien para la persona afectada por su lesión. Disiente parcialmente el profesor SALINAS SICCHA, al denotar que «quedan fuera de tutela punitiva todos aquellos bienes sin relevancia económica así para la persona tengan el máximo valor sentimental e incluso sirvan para el desarrollo normal de su personalidad»¹², lo cual queda desvirtuado al vulnerar palmariamente el artículo 1 de la Constitución Política.

En contrario a lo dicho precedentemente, se pronunció la Corte Superior de Justicia de Ucayali, al expedir el —mal llamado— Acuerdo Plenario Jurisdiccional Distrital en materia penal I 2009¹³, en el que paradójicamente se acuerda por unanimidad «que se puede aplicar la cuantía para la configuración del delito de hurto agravado, porque por el principio de legalidad se debe determinar previamente si se configura el delito base, es decir, hurto». De la dación de tamaño instrumento, podemos advertir de su parco sustento que se alega la vulneración al principio de legalidad, lesividad y proporcionalidad, así como la ubicación y dependencia del artículo 186 del Código penal, relegando el motivar cómo es que acaece dicha transgresión en la praxis *in concreto*, adoleciendo además de falencia de sustento doctrinario. A su turno, el artículo 116 de la LOPJ, estipula que un Acuerdo Plenario sólo puede ser suscrito por integrantes de las Salas Especializadas de la Corte Suprema. En puridad, este es un documento informativo que no constituye *per sé* fuente de producción del Derecho penal¹⁴, en tanto criterio jurisprudencial no vinculante.

A manera de corolario, nos permitimos colegir que en los delitos de hurto no es imperioso establecer un *quantum* predeterminado válido para la universalidad de casos, hacerlo, sería desafirmador del Derecho, pues éste no puede establecer normas que la ley no ha previsto y que, peor aún, propugnen un criterio selectivo en contra de la lógica más elemental. Pese a que en la práctica algunos magistrados estilen optar por la posición cuantificadora, ello no es óbice para repensar las consecuencias que generaría su actuar con iniquidad, indolencia y desidia, para dimitir a esa falsa interpretación y

¹ En FIDEL ROJAS VARGAS, *Delitos contra el patrimonio*, vol. 1, Grijley, Lima, 2000, p. 173.

² RAMIRO SALINAS SICCHA, *Delitos contra el patrimonio*, 2ª ed., Lima, 2006, p. 42. En contra, JOSÉ MARÍA RODRÍGUEZ DEvesa, *Derecho Penal Español. Parte Especial*, J. F. Bernal, España, 1977.

³ Del 18 de diciembre del 2009, con el voto de trece magistrados, entre éstos, Jueces Penales y de Paz Letrado.

⁴ Al respecto, véase EUGENIO RAÚL ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, tomo I, Ediciones Jurídicas, Lima, 1998, pp. 108 ss.

sobrepasar esa trivialidad que aún pervive, tomando en cuenta el telos de estos delitos. La ley debe adaptarse *pro tempore*, no a la inversa.

ALBACEAS: EL LEGADO IBÉRICO Y LA TRADICIÓN NACIONAL

CARLOS RAMOS NÚÑEZ
Pontificia Universidad Católica del Perú

Albacea es la modalidad hispana del ejecutor testamentario, es la persona encargada de cumplir, en todo o en parte, la voluntad del testador después de ocurrida su muerte. La figura del ejecutor testamentario no existió en la Roma primitiva. La ejecución del testamento se vinculaba entonces al heredero a quien se consideraba como sucesor y representante de la persona misma del *de cuius*. Ya en el libro 35 del Digesto y luego en la Novela 18 de JUSTINIANO, que recogen al Derecho romano clásico y posclásico, aparecen ciertos vestigios de la institución pero sólo para encargos específicos. No debe confundirse, sin embargo, al ejecutor testamentario en general del albacea, que, ciertamente, es una variedad de aquél¹.

La institución emergió, en realidad, durante la Edad Media bajo el influjo del Derecho Canónico. En España, el Fuero Real dedicó un título completo a los albaceas. La sexta partida contuvo igualmente disposiciones sobre la materia. En ese cuerpo legal se les llama «testamentarios». Se conoció entonces justamente a los albaceas con los nombres de cabezaleros, testamentarios, manesores y fideicomisarios. La etimología de la dicción albacea se remonta a la dominación árabe en la península ibérica. Se generalizó el uso de los albaceas gracias al derecho canónico. Conviene recordar un curioso detalle: JUAN JOSÉ CALLE al elaborarse el Código civil de 1936 se opuso a la idea de reemplazar el albaceazgo con un administrador de herencia como propuso ALFREDO SOLF Y MURO. Tal sugerencia fue desestimada habida cuenta que no se conformaba con la tradición jurídica peruana y española².

¹ La figura del albaceazgo tiene que entenderse bajo la perspectiva de la tradición jurídica española, iberoamericana y nacional. Es absurdo que pretenda explicarse entonces con la doctrina italiana, suiza o alemana.

² *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano*

El artículo 805 del Código civil de 1852 definía la institución en los siguientes términos: «Albacea o executor testamentario, es la persona a quien el testador encarga el cumplimiento de su voluntad». A su vez, el Código civil de 1936, renuente a las definiciones, evitó pronunciarse sobre el concepto de la institución. Sin embargo, en el anteproyecto de JUAN JOSÉ CALLE puede leerse: «El testador puede nombrar una o más personas encargadas del cumplimiento del testamento». Como se observa, mal que bien contiene un concepto fugaz de los albaceas: «personas encargadas del cumplimiento del testamento». Al final la Comisión se percató de su desliz técnico y en el artículo 729 del Código sólo se lee: «El testador puede nombrar uno o más albaceas». El Código civil de 1984, por el contrario, sí quiso ilustrar a sus lectores a través de conceptos. Así el artículo 778 señala: «El testador puede encomendar a una o varias personas, a quienes se denomina albaceas o executores testamentarios, el cumplimiento de sus disposiciones de última voluntad».

El albacea no es un mandatario común. Hay una profunda diferencia entre uno y otro. Al apoderado se le nombra para representar a una persona mientras vive. Su mandato puede ser revocado en cualquier momento y acaba con la muerte del mandante. El albacea, en cambio, debe ejecutar la voluntad de una persona después del fallecimiento de ésta. Carece, por consiguiente, de control por parte de quien lo instituye. Solo puede ser vigilado por los herederos. No representa a los herederos sino al causante que lo nombró. No puede ser destituido por ellos, mientras se conduzca correctamente. Sólo el testador mismo, mientras viva, tiene la posibilidad de revocar el nombramiento, pero una vez que ha fallecido, el albacea ha de ejercer sus funciones por el plazo correspondiente, a pesar que se encuentre en franco desacuerdo con los herederos o legatarios. Cabe preguntarse, ¿qué pueden hacer los herederos para remover al albacea?

En torno a la capacidad de los albaceas se presenta una discusión interesante en la historia del derecho respecto de la aptitud de la mujer. VIDAURRE en su «Proyecto» estaba a favor que se le confiara el albaceazgo con el mismo ahínco que rechazaba esa prerrogativa para los religiosos. Según VIDAURRE el religioso nunca puede ser albacea ni siquiera con el permiso de su superior. Tampoco les está permitido elegir albaceas, entiéndase por dativos, es decir, nombrados judicialmente. Jamás podría facultarse para que elijan el albacea. Ni siquiera puede confiárseles a los confesores ni a los religiosos la ejecución de comunicados secretos. Además, en este marco, la jurisdicción eclesiástica no puede asumir atribuciones en materia testamentaria³.

no, tercer fascículo, 120 sesión, pp. 270-277; JUAN JOSÉ CALLE, *Código de Procedimientos Civiles*. Con exposición, notas, concordancias y un índice alfabético de artículos, El Lucero, Lima, 1912, pp. 650-656; APARICIO GÓMEZ SÁNCHEZ, *Código Civil*, Concordancias, pp. 210-207.

³ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes: 3ª parte, todo lo que corresponde a las últimas voluntades*, Imprenta del constitucional por Justo León, Lima, 1836, pp. 151-154.

En la perspectiva de VIDAURRE, sin embargo, la mujer casada, necesitaba de la autorización del marido. La mujer que fuera albacea de su marido cesa en el albaceazgo si pasa a segundas nupcias. Solo en este caso estaría inhabilitada⁴. El jurista limeño, a pesar de todo, defiende la calidad de albacea de la mujer siempre que estuviera autorizada claro está:

Convengo con el señor Cobarruvias en que la mujer puede ser albacea. Hay personas de este sexo de talento, de probidad y de buena fe. Nunca se borrará de nuestra memoria el caso de Ninon Encloz, exactísima en la restitución de un depósito cuando otro igual se negó por un ministro de justicia. Si hubo muchas que gobernasen con prudencia, esplendor y gloria los más vastos imperios, ¿cómo no serán capaces de desempeñar las testamentarias que se les encargan. Deborah bajo de un palmo juzgaba al pueblo israelítico⁵.

En el Código civil de Santa Cruz no puede ser albacea el menor de veinticinco años, ni las mujeres, a menos que sean las esposas o madres, las mismas que puedan serlo en las testamentarias de sus maridos e hijos⁶. El artículo 812 del Código civil de 1852 estipulaba que para ser albacea bastaba ser mayor de edad, poder administrar bienes y no ser incapaz de adquirir a título de herencia. De manera que no excluía a las mujeres de la posibilidad de actuar como albaceas, dado que no estaban impedidas de heredar. GARCÍA GOYENA en su proyecto de Código civil español, en el artículo 727 estipulaba que la mujer casada podía ejercer el albaceazgo con autorización del marido⁷. Nada se dice de la mujer soltera mayor de edad. Sin embargo, el mismo numeral determinada que «no puede ser albacea el que no puede obligarse». Estimamos que la mujer soltera sí podía ejercer el albaceazgo tanto en el Código de 1852 como en el proyecto español de 1851.

El Código civil de 1936 exigía que se tuviera la misma capacidad que para ser mandatario sin que se distinga entre el varón y la mujer y no ser incapaz de adquirir a título de herencia. No obstante que JUAN JOSÉ CALLE insistió para que la mujer casada pueda ser albacea

⁴ MANUEL LORENZO DE VIDAURRE, *Proyecto del Código civil peruano*, ob. cit., pp. 151, 161.

⁵ *Ibidem*, p. 161. VIDAURRE, seguramente a partir de la biografía preparada por Saint Simon, se está refiriendo a Anne «Ninon» d'Enclos o Lanclos (1620-1705), escritora parisina de tendencia liberal que quiso mantenerse soltera e independiente, no obstante las restricciones morales de la época en Francia del siglo XVII. Desde su famoso salón animó la vida cultural tanto así que apoyó la vocación del joven dramaturgo Moliere y dejó un legado *mortis causa* al pequeño Francois Marie Arouet, el futuro Voltaire, quien fuera hijo de su contador. No obstante ejercer un tiempo como cortesana repudió al cardenal Richelieu, que le ofrecía una enorme cantidad de dinero solo por recibido en su lecho. Lo consideraba indeseable por tratarse un monseñor verdaderamente siniestro, vid., ROGER DUCHÈNE, *Ninon de l'Enclos ou la manière jolie de faire le amour*, Fayard, París, 2000.

⁶ *Código Civil de Santa Cruz, del Estado Nor-Peruano*, Artículo 611, Edición oficial, Imprenta de José Masías, Lima, 1936, pp. 81-82.

⁷ FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Cometa S. A., Zaragoza, 1974, pp. 387-389.

con licencia de su marido o el juez, pero que éste no puede autorizarla para ejercer el albaceazgo contra la voluntad del marido⁸. La propuesta de JUAN JOSÉ CALLE fue rechazada.

El artículo 733 del Código civil de 1936 *in fine*, bajo inspiración norteamericana, autorizaba a los Bancos para ser albaceas con arreglo a su antigua ley especial. Ya se había contemplado esa posibilidad en el proyecto de la Comisión reformadora de 1922 que anticipó el Código civil, siempre que se ajustaran los bancos a su ley especial⁹. La actual Ley Peruana del Sistema Financiero 26702 también lo permite. El Código civil de 1936 no se refería a las personas jurídicas en general ya fuesen de Derecho público, de índole civil o de naturaleza comercial. Inequívocamente dicho código se refería solo a los bancos. Lo cual ya constituía un avance frente a la normativa anterior que restringía esa facultad únicamente a las personas naturales. Bajo los alcances del artículo 784 del Código civil de 1984 también pueden ser albaceas además de los bancos otras personas jurídicas, por ejemplo, bajo el rótulo de juntas de administración. Igualmente en este caso no se justifica su duración indeterminada, aún si así lo quiso la voluntad del testador. Podría verse en estos mecanismos formas encubiertas de albaceazgo. El código vigente exige que para ello basta que esté autorizada por ley o por su mismo estatuto para que una persona jurídica ejerciera como albacea. Amplía de este modo el marco de acción que el Código civil del año 1936 reducía a los bancos hacia el reconocimiento de otras personas jurídicas.

En la tradición jurídica peruana el albaceazgo despunta con una característica central: es remunerado. En ello se distancia nítidamente de la legislación española en la que el ejercicio del cargo es gratuito y resulta interesante subrayar esa disparidad que se inicia en el siglo XIX. El artículo 830 del Código civil de 1852 precisamente consagraba ya esta característica, «en premio de su trabajo», sobre una base porcentual un tanto complicada¹⁰. El artículo 741 del Código civil de 1936 dispuso que los albaceas tendrán la retribución que les haya señalado el testador y en su defecto el 1% del valor de los bienes que se inventarién, y, si el valor de ellos excede de sesenta mil soles, el 4% más sobre el exceso; y el 5% de las rentas que recauden¹¹.

⁸ *Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil peruano*, creado por Supremo Decreto de 26 de agosto de 1922, tercer fascículo, sesiones 64-100, El Progreso, Lima, 1925, pp. 298-299.

⁹ ALFREDO SOLF Y MURO/MANUEL OLAECHEA/PEDRO OLIVEIRA, *Proyecto de Código Civil*, elaborado por la comisión creada según resolución de 22 de agosto de 1922, Artículo 728, Gil, Lima, 1936, p. 112.

¹⁰ M. A. DE LA LAMA, *Código Civil*, Lima, pp. 138-141. Estipulaba el artículo 830 que «los albaceas tienen derecho, en premio de su trabajo, al medio por ciento del valor de los bienes que inventarién; al cuatro por ciento del valor de las rentas que recauden; y al uno por ciento del valor de los bienes que no produzcan renta, cuando se hallen bajo su administración para cumplir los mandatos especiales del testador».

¹¹ LUCRECIA MAISCH VON HUMBOLDT, *El código civil sumillado*, Sesator, Lima, 1982, pp. 151-151.

A su vez, conforme el artículo 793 del Código civil de 1984, el cargo de albacea es remunerado, salvo que el testador disponga su gratuidad. La remuneración, concluye la norma legal, no será mayor del 4% de la masa líquida. En defecto de la determinación de la remuneración por el testador, lo hará el juez, quien también señalará la del albacea dativo¹².

Podría decirse que se ha instaurado ya una tradición nacional de inspiración pragmática. VIDAURRE ya había planteado terminantemente este enunciado en el artículo 36 de su proyecto: «El albacea será asalariado». En el artículo 37 se consigna que el testador señalará el tanto por ciento que quiera el albacea. Sin embargo, en el artículo 38 se restringe ese derecho al albacea que es heredero e inexplicablemente al dativo, es decir, al nombrado por el juez¹³. Podemos asegurar que con VIDAURRE se inicia esa tradición remunerativa y se trata de uno de sus más permanentes influjos. El Código civil de Santa Cruz consideraba que a los albaceas debía pagárseles «por su trabajo, siempre que no sean herederos o legatarios». Fijó sumas realmente altas. Así cobraban el 2% del total de bienes, si la cantidad llegaba a 50,000 mil pesos; el 3% si a 40,000 pesos; el 3.50% si a cuarenta o a treinta; el 4% si llegaba a veinte; y el 5% si a diez. Aún cuando la cantidad baje de los 10,000 pesos, los albaceas se llevarían el 5%¹⁴. Se advierte que la legislación peruana se apartó de la española tempranamente. Así, por ejemplo, en el artículo 739 del proyecto ibérico de GARCÍA GOYENA se ratificaba la tradición hispana del albaceazgo gratuito¹⁵. En el Código napoleónico se determina también que su ejercicio es gratuito, dado que se asimila con el mandato. MOURLON consideraba que el ejecutor testamentario era un «oficio de amigo»¹⁶.

Podría decirse que en América Latina ha predominado la índole remunerativa del albaceazgo. Así, en el Brasil, el Código civil de 1916 de Clovis Bevilacqua ya estipuló que el «testamenteiro» o persona encargada de cumplir con la última voluntad del testador consistía en un oficio remunerado con un premio que fluctuaba entre el 1% y el 5% de la herencia, como es de verse del artículo 1766, salvo que fuera heredero o legatario en cuyo caso no tenía derecho a honorario alguno. Semejante criterio ha seguido el Código civil de 2002, como se observa del artículo 1987. Se llama «vintena» a dicho premio que consiste en otorgarle el 5% de la herencia líquida en forma graduable, como es de verse del artículo 1987 del Código del 2002, según

¹² *Código Civil*, Juristas Editores, Lima, 2009, p. 203.

¹³ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes: 3ª parte*, todo lo que corresponde a las últimas voluntades, Imprenta del constitucional por Justo León, Lima, 1836, pp. 151-154.

¹⁴ *Código Civil de Santa Cruz, del Estado Nor-Peruano*, Edición oficial, Artículo 610, Imprenta de José Masías, Lima, 1836, pp. 81-82.

¹⁵ FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Cometa S.A., Zaragoza, 1974, pp. 387-389.

¹⁶ MOURLON, *Répétitions*, p. 865.

la importancia de la sucesión¹⁷. El Código de Vélez Sarfield consagró, a su vez, que debía concedérsele una comisión graduable según su trabajo y la importancia de los bienes de la sucesión. El Código chileno de Andrés Bello fijaba también en el artículo 1302 que la remuneración será la señalada por el testador. En todo caso, el juez podía determinar el monto de la misma, según el caudal de la herencia y la laboriosidad que demande el cargo.

Un aspecto crucial del albaceazgo es un carácter temporal. En la doctrina canónica y civil el término cronológico constituye, por otro lado, uno de los temas más discutidos¹⁸. El canonista DEL CARPIO se inclina por el término legal de un año, *Annus a jure*, sin embargo, el obispo puede prorrogar ese término¹⁹. El Código de Santa Cruz señalaba a los albaceas para cumplir su encargo el término de año contado desde la muerte del testador, si es que este no lo hubiese prorrogado expresamente²⁰. El Código civil de 1936 señalaba en el artículo 740 un plazo de dos años para el ejercicio del cargo. Salvo el testador ninguna otra persona o autoridad puede prorrogar este plazo. De otro modo termina fatalmente con el transcurso del tiempo indicado. Se trata de un mecanismo por el cual se procura obligar al albacea —por lo menos en teoría— a que cumpla rápidamente sus funciones instándolo así que coloque pronto a los herederos y legatarios en posesión de sus bienes.

El Derecho canónico concedía a los ejecutores testamentarios facultad absoluta para permanecer en el cargo el plazo que quisiesen, siempre que no se hubiera ejecutado aún la voluntad del testador, bajo el lema: *Ultima voluntas defundi modis ómnibus conservari debet* —Caus 15, cap. 4, Q. 3a—²¹. Por el contrario en las Novelas de JUSTINIANO el plazo es de seis meses, mientras que en las Siete Partidas de ALFONSO X, en una línea secularizante que terminaría por imponerse en la doctrina y la legislación moderna, estipulaba el plazo de un año:

«É si por ventura el non señalase día, nin tiempo fasta que se cumpliesen, devense ellos trabajar luego después de la muerte del testador,

¹⁷ SILVIO RODRIGUES, *Direito Civil*, vol. 7, Saraiva, San Pablo, p. 280.

¹⁸ FRANCISCO DEL CARPIO, *De executoribus et commissariis testamentariis libri quatuor*, Authoris Impensis, Excudebat Ludovicus Estupiñan, Vrsone, 1642, 348 pp. KE 18. C27. Biblioteca Central San Marcos, Fondo Reservado, obra consultada también en la Robbins Collection, Boalt Hall, Universidad de California, Berkeley, que posee un ejemplar del año 1638, con código de clasificación: KJA1990.C37 A32 1638, procedente de San Luis de Potosí, Bolivia. Una viva discusión sobre el plazo del albaceazgo se encontrará en el libro 3, capítulo primero en esta obra de FRANCISCO DEL CARPIO. La importancia de este libro es crucial para comprender la gravitación del Derecho de sucesiones en la sociedad de la época.

¹⁹ *Ibidem*, p. 14.

²⁰ *Código civil de Santa Cruz, del Estado Nor-Peruano*, Edición oficial, Imprenta de José Masías, Lima, 1836, Artículo 610, pp. 81-82.

²¹ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes*, tomo 3, Imprenta del constitucional por Lucas de la Lama, Lima, 1834, pp. 168-170.

de lo cumplir lo más ayna que pudieren sin alongamiento é sin escatima ninguna. E sin embargo tan grande oviessen porque non lo fuessen luego cumplir, devensse trabajar que lo cumplan en todas guisan, lo mas tarde fasta un año después de la muerte del testador»²².

Apuntaba VIDAURRE muy mortificado que en la práctica de su tiempo se incluía en los testamentos una cláusula mediante la cual se prorrogaba el albaceazgo más allá del término de la ley, concediéndose un tiempo indeterminado a los albaceas para el cumplimiento de los encargos del testador. Calificaba VIDAURRE dicha costumbre jurídica como contraria a la razón. Guía que debe inspirar al legislador. Esta es una materia muy tratada por los civilistas y canonistas —Carpio lib. 3, cap. 1—. Advierte refiriéndose a los canonistas que no limitaban el plazo del albaceazgo: «Dejemos las citas para dar lugar a la razón: ella debe ser el norte de los artículos en proyecto»²³. Conforme a la razón, pues, el albaceazgo debía estar sujeto a un término. VIDAURRE propuso entonces que se limitara a un año. Si el albacea que no hubiese concluido su cargo y presentado su cuenta dentro de ese término, perderá, previo juicio sumario, el beneficio que le resulte del testamento y testamentaría, y será responsable por los perjuicios derivados de la demora. Aquella cláusula del testamento por la que se faculta al albacea, para que tome todo el tiempo que contemple necesario, para cumplir el encargo, se tendrá por no escrita.²⁴

Nada más seguro en las ciencias —recalca VIDAURRE— que recordar los principios. De ese modo son muy fáciles las consecuencias al testador se condecora con el título de lejislador. Esta maxima romana es observada en el derecho canónico. ¿Y cual es la ciencia de la ley? El que sea conforme a la razón: sino es racional no es ley. Será el mandato de un tirano, el capricho de un loco. Sin más dato resolveré que toda disposición en la que el plazo del albaceazgo quede al arbitrio del cabezalero es irracional y no ha de obedecerse. D. DIEGO DE COBARRUVIAS opina que cuando no es lícita la voluntad del testador no se ha de ejecutar. Así se esplico para sostener la doctrina de que el testador no puede escluir la intervención del obispo (In Cap. Non quidem n.2.). Yo entro más en el fondo de la cuestión. El ilustre canonista en otro lugar no pone límites a la voluntad del testador afirmando que literalmente debe cumplirse (In Cap. cum tua). Las leyes no obligan en conciencia sino son justas. Se dobla la cerviz, si de quebrantarla resulta mayor daño que de cumplirla. Pero si hay fuerza para resistirla, debe resistirse. Cuando el testador usó de esa confianza limitada fue porque estaba seducido, engañado, sorprendido. ¿El gobierno que debe hacer en ese caso? Tomar la personería del difunto y proceder como él si resucitase conociendo ya que el albacea había abusado de su confianza. Dame cuenta de tu administración diría. El juez de oficio o a pedimento de parte ecsaminará las causas de la demora, y concederá un plazo prudente para la ejecución. Así ha de conciliarse el derecho patrio con el civil y canónico. Por una autentica se conce-

²² *Siete Partidas*, vid., Ley 6, título 10, partida 6, Lecointe y Lasserre, París, 1843, p. 260.

²³ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes*, tomo 3, Imprenta del constitucional por Lucas de la Lama, Lima, 1834, pp. 168-170.

²⁴ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes: 3ª parte, todo lo que corresponde a las últimas voluntades*, Imprenta del constitucional por Justo León, Lima, 1836, pp. 151-154.

dieron cinco años para la construcción de un templo. No es fácil en una legislación general comprender todos los casos particulares²⁵.

Tanta importancia se concedió a la necesidad de limitar el tiempo del albaceazgo en la legislación real que las «Siete Partidas» imponían sanciones a los ejecutores testamentarios que alargaban con malicia el cumplimiento de las mandas con el propósito de permanecer indefinidamente en el cargo. Así se lee en el epígrafe de la Ley 8a de Partida.

Por malicia o descuidamiento non queriendo los testamentarios cumplir las mandas que oviessen alguno dejado en su mano si por tal razón como esta seyendo amonestados, fueren tollidos de officio por juicio pierden aquella parte, que deben haber en el testamento; fueras ende si alguno de ellos fuesse fijo del testador, ca este atal no debe perder la su legítima parte que los fijos deban haber en los bienes del padre por razón de la naturaleza²⁶.

VIDAURRE encomia la norma con entusiasmo tanto que asegura que parece dictada por GAETANO FILANGIERI, el famoso teórico italiano de la buena legislación. Estima que debe imponerse como sanción la separación del cargo²⁷. Sin embargo, muchos albaceas insistían naturalmente, *contra legem*, en mantenerse en sus puestos. Ya en el siglo XX, en la revista *Variedades de Lima*, aparece un chiste acompañado de una ilustración. Un personaje le pregunta a otro: —¿Quieres ser heredero? Entonces la persona interrogada le contesta con indolencia: No, prefiero ser albacea—.

Los códigos modernos se orientaron a estipular el vencimiento del plazo del albaceazgo. De los albaceas o testamentarios. Un ejemplo reciente es el Código civil brasileño del 2002. El artículo 1983 fija el plazo brevísimo de 180 días prorrogables. Se modifica así el plazo de un año que confería el Código civil de 1916 en el artículo 1762²⁸. En el proyecto de GARCÍA GOYENA se determinaba que el albacea debe cumplir su encargo en el término señalado por el testador, con tal que no exceda de un año: si el testador no lo señaló, tendrá el ejecutor testamentario el término de un año a contar desde la muerte de aquel²⁹. El Código civil peruano de 1852 lo fijó en dos años. El Código civil de 1936, conforme a su artículo 740, determinó el plazo de dos años, salvo que en el testamento se hubiera fijado un plazo mayor o se hubiera dado un encargo especial al albacea o si le ha prorrogado el término. A su vez el Código civil de 1984 en el artículo 796 estipula que el cargo se extiende por haber transcurrido dos años desde su aceptación, salvo el mayor plazo que señale el testador,

²⁵ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes*, Imprenta del constitucional por Justo León, la tercera parte comprende todo lo que corresponde a últimas voluntades, Lima, 1836, pp. 168-170.

²⁶ *Ibidem*, pp. 168-170.

²⁷ *Ibidem*, pp. 168-170.

²⁸ SILVIO RODRÍGUES, *Direito Civil*, vol. 7, ob. cit., p. 279.

²⁹ FLORENCIO GARCÍA GOYENA, *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código Civil Español*, Artículo 735, Cometa S.A., Zaragoza, 1974, pp 387-389.

o que conceda el juez con acuerdo de la mayoría de los herederos. Queda, sin embargo, en pie la siguiente cuestión: ¿Es posible que el albaceazgo sea perpetuo durante toda la vida del executor testamentario o, incluso a lo largo de las sucesivas existencias de varios ejecutores testamentarios si así lo quiere el testador y que, en consecuencia, no expire a los dos años sino en cincuenta o cien años? Consideramos que no. En buena cuenta en ese caso se incurriría en una especie de absolutismo testamentario que el espíritu de la ley y el principio general del Derecho que descansa en el pronto cumplimiento de las mandas testamentarias repudian. La redacción, sin embargo, no es inequívoca y algún testador confundido o pintoresco podría consignar en su testamento una cláusula de perpetuidad o de duración indeterminada³⁰.

Un tema discutido en la doctrina se refería a la cuestión de si albaceazgo era un encargo de cumplimiento personalísimo o si cabía que el albacea delegara sus funciones. VIDAURRE en el artículo 10 de su proyecto se pronunció a favor de la primera solución. El cargo, a su juicio, es personalísimo y no se puede sustituir si el testador no lo facultó para ello. «No hay albacea de albacea», sostenía categórico el jurisconsulto limeño³¹. Sin embargo, esa postura es marginal en la tradición nacional. A su vez, el Código civil de 1852 determinó que en el artículo 821 que el cargo de albacea era meramente o, simplemente, personal, y no podía transmitirse por el que lo ejerce³². El Código civil de 1936 no se pronunció sobre la materia. Fue el de 1984 que en el artículo 789 si bien dispuso el carácter personal del albaceazgo y ratificó su naturaleza indelegable, autorizaba que ciertos actos podían ejercerse mediante representantes, «bajo las órdenes y responsabilidades del albacea».

Con la crisis del Derecho sucesionario y, especialmente, a raíz del colapso social del testamento como medio predominante de transmisión del dominio *mortis causa*, también el albaceazgo ha entrado en una franca crisis. La emergencia renovada del fideicomiso, si bien con la limitación de su naturaleza bancaria, auguran que en aquellos casos en los que se disponga de los bienes y derechos por testamento el protagonismo de los albaceas haya disminuido en el hori-

³⁰ He aquí una reciente preocupación acerca del tiempo del albaceazgo. El artículo 795 del Código Procesal civil peruano de 1993 establecía como causa de remoción del albacea, que: «Deja de ser albacea el que no empieza la facción de inventarios dentro de los noventa días contados desde la muerte del testador o dentro de los treinta días de haber sido requerido para ello, notarial o judicialmente». Una nueva redacción, conforme al Decreto Legislativo núm. 768, consigna: «Puede solicitarse, como proceso sumarísimo, la remoción del albacea que no ha empezado la facción de inventarios dentro de los noventa días de la muerte del testador, o de protocolizado el testamento, o de su nombramiento judicial, lo que corresponda, o dentro de los treinta días de haber sido requerido notarialmente con tal objeto por los sucesores».

³¹ VIDAURRE, *Proyecto del Código Civil peruano dividido en tres partes: 3ª parte, todo lo que corresponde a las últimas voluntades*, Imprenta constitucional por Justo León, Lima, 1836, pp. 151-154.

³² LUCAS DE LA LAMA, *Código Civil*, Lima, 1852, p. 139.

zonte institucional. Cabe, por otro lado, que los bancos mismos no solo atiendan a los encargos fideicomisarios, sino que premunidos de prerrogativas, a partir del Código civil de 1936 y confirmadas por el Código civil de 1984, opten, previa decisión del testador, claro está, de impulsar con mayor vigor económico el ejercicio del albaceazgo. Es probable también que asistamos a la profesionalización del albaceazgo en el caso de las personas naturales, que se aviene perfectamente con índole remunerada que ha seguido el derecho peruano. Este sería un estupendo punto de encuentro en la tradición jurídica y las exigencias contemporáneas.

INDEMNIZACIÓN POR LA CAUSAL DE SEPARACIÓN DE HECHO: INDEMNIZANDO CON CRITERIO PRUDENCIAL

ANA MARÍA AMADO MENDOZA

1. Introducción

La causal de separación de hecho se fijó con la finalidad de poner fin a matrimonios que se encontraban separados por varios años y que ante la negativa de uno de los cónyuges de acceder al divorcio seguían vigentes, constituyendo una ficción, aún cuando, generalmente uno de los cónyuges ya había conformado una nueva familia, encontrándose la nueva pareja en total desamparo, teniendo en cuenta que nuestra legislación sólo protege las uniones de hecho propias¹.

Nuestro sistema de divorcio se ha caracterizado por ser «sancionador», sin embargo, aparentemente, en el año 2001² a través de la inserción de la causal de separación de hecho, que entre bombos y platillos fue anunciada, como una innovación de nuestros legisladores del sistema de divorcio remedio, es decir aquel en el que no existen culpables del divorcio sino simplemente la «aceptación» de los cónyuges de que el matrimonio no funcionó. Sin embargo en el contenido de dicha causal se establece la denominación de cónyuge «perjudicado» a quien se le debe proteger económicamente, por lo que, al análisis, esta causal no resulta tan objetiva como se le presentó. Al respecto CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA afirma: «[...] la avizoraban e incluso intentan presentarla como una causal objetiva del sistema divorcio remedio; no obstante como observamos su reglamentación para efectos de la configuración de la causal así como

¹ Al respecto el artículo 326 del Código civil en concordancia con el artículo 5 de la Constitución son claros en fijar que se reconocen y amparan las uniones de hecho entre un hombre y una mujer libres de impedimento matrimonial.

² Mediante la Ley núm. 27495 del 7 de julio del 2001, se insertan a nuestro Código civil, artículo 333, las causales de separación de hecho e imposibilidad de hacer vida en común probada en proceso judicial.

particularmente para las consecuencias de la declaración de divorcio, le imprimen un tratamiento de sesgo inculpatario»³. Si nuestro codificador tenía la certeza de conceptualizar esta causal como remedio, no tenía por qué establecer «protección económica». Sin embargo así lo hizo, a través de la fijación de una indemnización o la adjudicación preferente de bienes de la sociedad conyugal.

2. Solicitado por la parte

Al redactar el artículo pertinente (345-A del Código civil) se cometió el grave error de consignar la siguiente frase: «el juez deberá fijar» lo que dio lugar, que al ser aplicado, violara principios procesales, como es el caso del principio de congruencia, que «constituye el principio rector, a través del cual toda resolución judicial debe ser expedida de conformidad o concordancia con lo formulado por alguna de las partes, son las pretensiones de éstas el sustento de su decisión»⁴ así como el derecho a la defensa, mediante el cual el juez conoce la posición del demandado frente a la pretensión propuesta y emplazada, negando lo peticionado, interpone excepciones, formula reconvencción, denuncia a un tercero, se allana o no contesta la demanda⁵; en el primer caso la indemnización era fijada en la sentencia, aún cuando ésta no había sido solicitada por la parte a quien se supone le correspondía y en el segundo caso al ocurrir lo anteriormente indicado el demandado o demandante, según la situación, no podía plantear su defensa respecto a la indemnización. En otros casos, se otorgaba la adjudicación preferente del inmueble como concepto de indemnización. Situación que a la fecha se ha «unificado» a través del Pleno Casatorio de febrero del 2011 sobre la materia, sin embargo se considera que lo correcto, que sea invocado por la parte que así lo considere, no debiendo en ningún caso ser fijado oficiosamente por el órgano jurisdiccional.

3. El cónyuge perjudicado

Para fijar la indemnización se debe acreditar la situación de cónyuge «perjudicado». Al respecto CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA señala: «no necesariamente ha de coincidir con la persona del cónyuge emplazado, podrá serlo si éste es el consorte abandonado en contra de su voluntad, más no lo será si la separación de los cónyuges se ha producido por propio acuerdo; e incluso el demandante podría ser calificado como perjudicado, si no es el abandonante y prefiere invocar el retiro del otro consorte en esta causal y no en la de abandono injustificado de la casa conyugal, causal para la cual, como se ha referido existen jurisprudencialmente criterios diferenciados para

³ CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA, *Las nuevas causales de divorcio en discusión: ¿Divorcio remedio en el Perú?*, en *Cuadernos de investigación y jurisprudencia*, Centro de investigaciones judiciales Poder Judicial, Normas Legales, año 2, núm. 4, abril-junio, 2004, p. 7.

⁴ ALEXANDER RIOJA BERMÚDEZ, *El Proceso Civil*, Adrus, Lima, 2009, p. 43.

⁵ Cfr., ALEXANDER RIOJA BERMÚDEZ, *El Proceso Civil*, Adrus, Lima, 2009, pp. 183-185.

la merituación del elemento subjetivo de la misma, optando de este modo por facilitar su causal»⁶.

El cónyuge perjudicado sería aquel que ha sido dejado, o en todo caso debió dejar el hogar conyugal por circunstancias que no le permitían permanecer en él, por lo que en el caso de una decisión conjunta no podríamos hablar de la existencia del cónyuge perjudicado. Al respecto ÁLEX PLÁCIDO escribe: «La decisión unilateral de uno de los cónyuges se presenta, sea que aquél se aleja del domicilio conyugal, sea que provoca el alejamiento del otro consorte. Esta separación de hecho tiene su origen en una conducta antijurídica de uno de los cónyuges que ha abandonado el hogar conyugal o ha sido el causante de que el otro se alejara»⁷.

Por lo que, la calidad atribuida, puede recaer tanto en el cónyuge demandante y demandado. En el primer caso no existe problema ya que se invocará como parte de la demanda; sin embargo cuando nos encontramos en la situación de demandados, la tarea se dificulta en razón que tenemos dos caminos: o lo planteamos como parte de la defensa o en todo caso lo hacemos mediante la reconvencción, ambos caminos son bastante áridos dependiendo del Juez que califique nuestra solicitud. Para algunos resulta insuficiente que la solicitud de indemnización sea planteada como argumento de defensa, porque se estaría limitando el derecho de defensa del demandante; otro camino sería el de la reconvencción que no es sino «una nueva demanda interpuesta por el demandado al interior del proceso en el cual es sujeto pasivo de la relación procesal»⁸, sin embargo algunos jueces consideran que no hay lugar a la reconvencción en razón que no existe la triple identidad establecida por la ley procesal⁹, ya que el juez competente para conocer la indemnización no sería el de Familia, por lo que el cónyuge perjudicado resulta aún más perjudicado con este planteamiento. Cabe la pregunta ¿Cómo a algunos se les fijó la indemnización sin haberla solicitado ni menos haberla probado? Lamentable la situación de indefensión en la que se encuentran algunos cónyuges que se sienten desamparados y más «perjudicados» por el actuar de nuestros juzgadores. Pero el camino más idóneo sería el de la reconvencción, en el caso que el cónyuge perjudicado sea el demandado, ya que permitiría que quien actúe como demandante pueda plantear su defensa en cuanto a la indemnización.

⁶ CARMEN JULIA CABELLO MATAMALA, *Las nuevas causales de divorcio en discusión: ¿Divorcio remedio en el Perú?*, en *Cuadernos de investigación y jurisprudencia*, Centro de investigaciones judiciales Poder Judicial, Normas Legales, año 2, núm. 4, abril-junio, 2004, p. 11.

⁷ ALEX PLÁCIDO, *La separación de Hecho: ¿Divorcio culpa o divorcio remedio?*, en *Diálogo con la Jurisprudencia*, año 9, núm. 55, Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

⁸ ALEXANDER RIOJA BERMÚDEZ, *El Proceso Civil*, Adrus, Lima, 2009, p. 197.

⁹ El artículo 445 del Código Procesal Civil establece que la reconvencción es admisible siempre y cuando no afecte la competencia ni la vía procedimental originales.

4. Momento de la fijación

En cuanto a la fijación de los puntos controvertidos que son el encuentro frontal de la posición de las partes en un proceso, permiten al juzgador establecer cuáles serán los medios probatorios necesarios para resolver el conflicto de intereses rechazando aquellos que no cumplen los requisitos¹⁰, de hecho considerando la propia conceptualización dada por el Código Procesal Civil y la doctrina, es necesario que se fije como punto controvertido, el de la indemnización, siempre y cuando haya sido planteada en la demanda o en la contestación a través de la reconvencción. Es necesario tomar en cuenta igualmente que si las partes no se han manifestado contrariamente acerca de los hechos manifestados por la otra parte, mal haríamos en hablar de un punto controvertido.

Fijar los puntos controvertidos debe considerarse como un aspecto de trascendental importancia en el desarrollo de un proceso, al ser el puente entre la pretensión de las partes y la decisión judicial —sentencia— que las estima o no, puente por el que además transita la congruencia, principio desarrollado líneas arriba.

Pese a la modificatoria establecida por el Decreto Legislativo 1070, si bien es cierto existe la intervención de las partes quienes una vez notificadas con el auto de saneamiento, dentro del plazo de tres días propondrán al juez por escrito los puntos controvertidos, éstos de hecho no pueden alejarse de lo fijado expresamente por la norma¹¹.

5. La indemnización

La doctrina nacional, se ha manifestado de manera positiva, en el sentido que procede la indemnización por causa del divorcio, al constituir éste la violación de los deberes matrimoniales, constituyendo el acto ilícito que para tal fin exige la norma. Al respecto CASTILLO FREYRE señala: «El no admitir la procedencia de una acción indemnizatoria por considerarlo ajeno al orden moral que está implícito en las relaciones de familia, no es otra cosa que una contradicción. La verdadera inmoralidad es esquivar la reparación del daño causado y dejar, por ende, una víctima —no sólo del agente causante— sino también del sistema»¹².

¹⁰ Cfr., artículo 190 del Código Procesal Civil.

¹¹ Al respecto, el último Pleno Casatorio referido a la causal de separación de hecho, de febrero del 2011, fija que la indemnización puede ser fijada en cualquier momento del proceso, aún cuando no haya sido solicitada por la parte que se considere «cónyuge perjudicado», en razón que dicha indemnización no se fundamenta en la responsabilidad civil, sino en los principios de solidaridad y equidad familiar, el juez debe identificar al cónyuge perjudicado, quien es el que ha sufrido un «daño», a través de pruebas; pero lo que más preocupa respecto de este Pleno Casatorio, que constituye precedente vinculante es la «flexibilización» de los principios procesales de congruencia, preclusión y eventualidad, lo que de hecho atenta contra el debido proceso.

¹² MARIO CASTILLO FREYRE/FELIPE OSTERLING PARODI, *Responsabilidad Civil derivada del Divorcio*, documento en internet: www.castillofreyre.com.

5.1. Prueba

En cuanto a la probanza de los daños, es sabido por la jurisprudencia nacional, que los daños patrimoniales deben ser acreditados de manera material es decir a través de la presentación de documentos, mientras que en el caso del daño moral, la situación resulta complicada en tanto la probanza siempre ha sido subjetiva y en todo caso la fijación de la indemnización se deja al criterio «prudente» de los jueces tal como lo fija el artículo 1984 del Código civil.

5.2. Contenido

Los daños que se pueden tomar en cuenta son los daños a la persona: daño moral, físico, psicológico y el proyecto de vida. En este último caso resulta complicado calificar si efectivamente existe un daño al proyecto de vida en el caso de la ruptura matrimonial. Para ello es necesario hacer referencia a la doctrina que al respecto se ha desarrollado por CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, quien es el que a la fecha con mayor profundidad ha hecho estudio del mismo. FERNÁNDEZ SESSAREGO hace mención al proyecto alternativo que representa tan solo la genérica y común necesidad existencial de todo ser humano de otorgarle un cierto sentido a su vida y lo diferencia del proyecto de vida propiamente dicho en cuanto que éste último es el que tiene que ver con el destino mismo de la persona humana. El proyecto puede reducirse a la realización profesional y laboral [...] puede concebir un proyecto en el que incluye, aparte de su realización vocacional, el cumplir su proyecto en el seno de una familia¹³.

Por lo que será necesario que el juez valore adecuadamente, si en realidad, el matrimonio, dentro de cada caso, era un proyecto alternativo o en realidad el proyecto de vida, a fin de poder establecer si efectivamente hay lugar a la reparación del daño al proyecto de vida. Si se hace referencia al contenido de la indemnización, la situación no es diferente. El criterio se ha «unificado» a través del pleno jurisdiccional de Familia en el que se establece en su segunda conclusión que se toma en cuenta el daño a la persona en sus diferentes modalidades: daño moral, al proyecto de vida, psicológico, a la integridad física y los daños de carácter patrimonial¹⁴. La valoración del daño a la persona, se deja al amplio criterio de los jueces quienes lo «establecerán de acuerdo a la magnitud de los daños ocasionados»¹⁵ situación muy subjetiva dentro del matrimonio porque en todo caso ¿cuáles son los criterios para valorar la gravedad? ¿Tomó en cuenta la situación personal social o familiar?

Por ello para «afrentar la delicada tarea de reparar, adecuadamente las consecuencias del daño a la persona, se requiere de juris-

¹³ CARLOS FERNÁNDEZ SESSAREGO, *Trascendencia y reparación del «daño al Proyecto de vida» en el umbral del siglo XXI*, en *Observatorio de Derecho Civil*, vol. III, Motivensa, Lima, 2010, p. 145.

¹⁴ *Pleno Jurisdiccional Regional de Familia, Conclusiones*, Lima, 2007.

¹⁵ Previsto por el artículo 1984 del Código civil.

tas y de jueces que reúnan ciertos requisitos mínimos como los de contar con una especial sensibilidad humana y una preparación académica para conocer mejor lo que antes se ignoraba»¹⁶.

¹⁶ *Ibíd.*, p. 242.

COMENTARIO A LA LEY DE SEGURIDAD Y SALUD EN EL TRABAJO

DAVID FERNANDO DONGO ORTEGA

La importancia de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo trae consigo innovaciones que se resaltan y que son de importancia para el desarrollo para la actividad laboral de los trabajadores que debe ser cumplida y observada por los empleadores, a nivel nacional.

Con fecha 19 de agosto del año 2011, se publica en la Separata de Normas Legales del Diario «El Peruano», bajo el número correlativo, la Ley núm. 29783, que contiene el texto de la Ley de Seguridad y Salud en el trabajo, la misma que cuenta con un Título Preliminar de IX artículos, VI Títulos con sus respectivos Capítulos, repartidos en un total de 103 artículos, tres Disposiciones Complementarias y Finales; siete Disposiciones Complementarias Modificatorias. Instrumento legal que va a permitir que los trabajadores de cualquier centro de trabajo cuenten con una protección en la actividad que realicen con el fin de evitar los accidentes de trabajo y las enfermedades ocupacionales de las que pueden ser víctimas los trabajadores por la falta de implementación de los elementos necesarios para desarrollar la actividad laboral para la cual fueron contratados por parte del empleador, que les permita evitar el desarrollo de una enfermedad o producir el accidente.

Es así que la norma, en el Título Preliminar, por el Principio de Prevención dispone que el empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores y de aquellos que, no teniendo el vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores, lo que permite extraer que el que tenga la calidad u oficio de empleador debe al inaugurar su centro de trabajo o teniéndolo en funcionamiento, adoptar medidas que garanticen la seguridad y salud en el trabajo para sus trabajadores.

Por el Principio de Atención Integral de la Salud, los trabajadores

que sufran algún accidente de trabajo o enfermedad ocupacional tienen derecho a las prestaciones de salud necesarias y suficientes hasta su recuperación y rehabilitación, procurando su reinserción laboral, de tal manera que con este Principio no sólo se garantiza el restablecimiento total de la salud sino que se protege al trabajador de ser despedido de manera arbitraria o pretextando casual alguna de despido justificado ya que tiene el derecho de continuar laborando tal vez no en el mismo puesto de trabajo para el que fue contratado o desarrollaba su actividad en el centro de trabajo sino en otro, debido a las secuelas del accidente o la enfermedad sufrida.

Esta norma tiene como objetivo promover una cultura de prevención de riesgos laborales en el país. Para ello cuenta con el deber de prevención de los empleadores, el rol de fiscalización y control del Estado y la participación de los trabajadores y sus organizaciones sindicales, quienes, a través del diálogo social, velan por la promoción, difusión y cumplimiento de la normativa sobre la materia. El ámbito de la Ley, es aplicable a todos los sectores económicos y de servicios; comprende a todos los empleadores y los trabajadores bajo el régimen laboral de la actividad privada en todo el territorio nacional, trabajadores y funcionarios del sector público, trabajadores de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional del Perú, y trabajadores por cuenta propia. Establece las normas mínimas para la prevención de los riesgos laborales, pudiendo los empleadores y trabajadores establecer libremente niveles de protección que mejoren lo previsto en la presente Ley, para ello, crea el Sistema Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, con un Consejo Nacional y Consejos Regionales de Seguridad y Salud en el trabajo con participación de representantes del Ministerio de Trabajo y Promoción el Empleo, del de Salud, así como representantes de los trabajadores y de sus organizaciones sindicales como de los empleadores que van a conformar las comisiones paritarias.

Para que existan Comités de Seguridad y Salud en el trabajo en el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo, se requiere que el centro de trabajo cuenten con contrato de trabajo veinte o más trabajadores, el mismo que estará conformado en forma paritaria por igual número de representantes de la parte empleadora y de la parte trabajadora. Los empleadores que cuenten con Sindicatos mayoritarios incorporan un miembro del respectivo Sindicato en calidad de observador. Cuando el número de trabajadores sea menos de veinte podrán nombrar a un Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Otro aspecto que resaltar de la norma es que los representantes y supervisores, en calidad de miembros del Comité paritario gozan de licencia con goce de haber para la realización de sus funciones, de protección contra el despido incausado y de facilidades para el desempeño de sus funciones en sus respectivas áreas de trabajo. Seis meses antes y hasta seis meses después del término de su función.

El empleador para mejorar el conocimiento sobre la seguridad y

salud en el trabajo, deberá: a) entregar a cada trabajador copia del reglamento interno de seguridad y salud en el trabajo (quiere decir que el empleador tendrá que elaborar este reglamento de acuerdo con las necesidades propias del centro o centros de trabajo); b) realizar no menos de cuatro capacitaciones al año en materia de seguridad y salud en el trabajo; c) adjuntar al contrato de trabajo (verbal o escrito) la descripción de las recomendaciones de seguridad y salud en el trabajo; d) brindar facilidades económicas y licencias con goce de haber para la participación de la organización sindical, representantes de los trabajadores, delegados y el comité de seguridad y salud en el trabajo, el cual debe exhibirse en un lugar visible del establecimiento.

El empleador deberá realizar auditorías periódicas a fin de comprobar si el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo ha sido aplicado y es adecuado y eficaz para la prevención de riesgos laborales y la seguridad y salud de los trabajadores. La auditoría deberá realizarse por auditores independientes, en cuya elección deberán participar los trabajadores. Una de las obligaciones del empleador es la de garantizar oportuna y apropiadamente, capacitación y entrenamiento en seguridad y salud en el centro y puesto de trabajo o función específica de la manera siguiente: al momento de la contratación, cualquiera sea la modalidad o duración; durante el desempeño de la labor; cuando se produzcan cambios de la función o puesto de trabajo o en la tecnología. El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales. El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo determina el pago de la indemnización respectiva.

En el caso de Seguridad en las contratistas, subcontratistas, empresas especiales de servicios y cooperativas de trabajadores, en caso de incumplimiento, la empresa principal es la responsable solidaria frente a los daños e indemnizaciones que pudieran generarse.

El Sistema de Inspección del Trabajo, a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, tiene a su cargo el adecuado cumplimiento de las leyes y reglamentos relativos a la seguridad y salud en el trabajo y de prevención de riesgos laborales. Las actuaciones inspectoras en materia de seguridad y salud en el trabajo tienen su origen en (a) Por orden de las autoridades competentes del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo; (b) A solicitud fundamentada de otro órgano del sector público o de cualquier órgano jurisdiccional, en cuyo caso deben determinarse las actuaciones que le interesen y su finalidad; (c) Por renuncia del trabajador; (d) Por decisión interna del Sistema de Inspección del Trabajo; (e) Por iniciativa de los inspectores de trabajo cuando, en las actuaciones que se sigan en cumplimiento de una orden de inspección, conozcan hechos que puedan ser contrarios al ordenamiento jurídico en materia de seguridad y salud en el trabajo, y (f) A petición de los empleadores y los

trabajadores, así como de las organizaciones sindicales y empresariales.

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, los gobiernos regionales y gobiernos locales, el Ministerio de Salud y los órganos de la administración pública proporcionarán peritos y técnicos, debidamente calificados a la inspección de trabajo para el adecuado ejercicio de las funciones de inspección en materia de seguridad y salud en el trabajo. En el caso del sector de energía y minas las direcciones nacionales, regionales y locales organizan, contratan o proporcionan personal técnico especializado para el desarrollo de las actuaciones inspectoras que realice el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en materia de seguridad y salud en el trabajo.

Las trabajadoras en estado de gestación tienen derecho a ser transferidas a otro puesto que no implique riesgo para su salud integral, sin menoscabo de sus derechos remunerativos y de categoría. Igualmente con el trabajo de los adolescentes que no pueden ser empelados en la realización de actividades insalubres o peligrosas que puedan afectar su normal desarrollo físico y mental por lo que el empleador deberá evaluar los puestos de trabajo, previamente, en los que van a desarrollar actividad los adolescentes.

Se transfieren las competencias de fiscalización minera del Osinerg al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Las funciones de supervisión y fiscalización que realizará el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo en las actividades mineras se hará con sus recursos propios, los montos pagados por concepto de arancel de fiscalización minera y el setenta por ciento de las multas que se impongan por infracciones detectadas en los procesos de fiscalización minera. Se incorpora el artículo 168-A al Código Penal con el texto siguiente: artículo 168-A. Atentado contra las condiciones de seguridad e higiene industriales. El que, infringiendo las normas de seguridad y salud en el trabajo y estando igualmente obligado, no adopte las medidas preventivas necesarias para que los trabajadores desempeñen su actividad, poniendo en riesgo su vida, salud o integridad física, será reprimido con pena privativa de la libertad no menor de dos años ni mayor de cinco años. Asimismo se adiciona un último párrafo al artículo 5 del Decreto Legislativo núm. 892, Ley que regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría, en el sentido de que los trabajadores que hayan sufrido accidente de trabajo o enfermedad ocupacional y que haya dado lugar a descanso médico, debidamente acreditado, al amparo y bajo los parámetros de la norma de seguridad y salud en el trabajo serán considerados para el cómputo en el reparto de utilidades.

**11. PROYECTOS Y CÓDIGOS: TRAS LAS HUELLAS DE
HAMMURABI**

Probablemente hacia el año 1753 antes del nacimiento de Cristo, puso en vigor Hammurabi su famoso Código; el hallazgo de la piedra que lo contiene, sin embargo, habría de producirse en Susa, al sudoeste de Irán, en diciembre de 1901.

La estela sobre la que se labró el *corpus iuris* babilónico, por inverosímil que parezca, todavía se encuentra en el Museo de Louvre (Paris) y aunque fue escrita en lengua acadia, se tradujo inmediatamente al francés por Vincent Scheil.

No llegó a nosotros completo, pues deliberadamente fueron estropeadas 7 de las 52 columnas que en caracteres cuneiformes integran el texto.

Al cuidado de la presente edición hammurabiana, interesa anotar, estuvieron los señores alumnos Jesús Zúñiga Hernández, José Vargas Soncco e Irwin Carpio Manrique.

CÓDIGO DE HAMMURABI

§ 1~ Si un señor acusa a otro y presenta contra él denuncia de homicidio, pero no la puede probar, será castigado con la muerte.

§ 2~ Si un señor imputa a otro prácticas de brujería, pero no las puede probar, el acusado de brujería irá al río, arrojándose en él. Si el río logra arrastrarlo, su acusador le arrebatará su hacienda. Pero si este señor ha sido purificado por el río, saliendo de él sano y salvo, el que le imputó de maniobras de brujería será castigado con la muerte y el que se arrojó al río arrebatará la hacienda de su acusador.

§ 3~ Si un señor aparece en un proceso para presentar un falso testimonio y no puede probar la palabra que ha dicho, si el proceso es un proceso capital tal señor será castigado con la muerte.

§ 4~ Si se presenta para testimoniar en falso, en un proceso de grano o plata, sufrirá en su totalidad la pena de este proceso.

§ 5~ Si un juez ha juzgado una causa, pronunciado sentencia y depositado el documento sellado y, luego, cambia su decisión, se le probará que el juez cambió la sentencia que había dictado y pagará hasta doce veces la cuantía de lo que motivó la causa. Además, públicamente, se le hará levantar de su asiento de justicia y no volverá más. Nunca más podrá sentarse con los jueces en un proceso.

§ 6~ Si un señor roba la propiedad religiosa o estatal será castigado con la muerte. Además el que recibió de sus manos los bienes robados será también castigado con la muerte.

§ 7~ Si, de la mano del hijo de un señor o del esclavo de un particular, un se-

ñor ha adquirido o recibido en custodia plata u oro, un esclavo o una esclava, un buey o una oveja o un asno, o cualquier cosa que sea, sin testigos ni contrato, tal señor es un ladrón: en esos casos será castigado con la muerte.

§ 8~ Supuesto que un señor robe un buey, un cordero, un asno, un cerdo o una barca, perteneciendo lo robado a la religión o al estado, restituirá hasta treinta veces su valor; si pertenece a un subalterno lo restituirá hasta diez veces. Si el ladrón no tiene con qué restituir, será castigado con la muerte.

§ 9~ Si un señor, habiéndosele extraviado un objeto, encuentra su objeto extraviado en posesión de otro señor; si el señor en cuya posesión se halló el objeto extraviado declara: «Me lo vendió un vendedor, lo compré en presencia de testigos»; si de otra parte, el propietario del objeto extraviado declara: «Presentaré testigos que testimonien sobre mi objeto extraviado»; si el comprador presenta al vendedor que se lo ha vendido y a los testigos en cuya presencia lo compró; si, por otra parte, el propietario del objeto perdido presenta los testigos que den testimonio del objeto perdido, en ese caso los jueces considerarán las pruebas, y los testigos, en cuya presencia se efectuó la compra, juntamente con los testigos que testimonian sobre el objeto perdido, declararán lo que sepan delante del dios. Puesto que el vendedor fue el ladrón será castigado con la muerte.

El propietario del objeto perdido recobrará su objeto perdido. El comprador recobrará de la hacienda del vendedor la plata que había pesado.

§ 10~ Si el comprador no ha presentado al vendedor que le vendió el objeto

ni los testigos en cuya presencia se efectuó la compra, y el dueño de la cosa perdida presenta testigos que testimonien sobre su cosa perdida, el comprador fue el ladrón: será castigado con la muerte. El propietario de la cosa perdida recobrará su propiedad perdida.

§ 11~ Si el propietario de la cosa perdida no presenta testigos que testimonien sobre el objeto perdido, es un estafador, y puesto que dio curso a una denuncia falsa será castigado con la muerte.

§ 12~ Si el vendedor ha muerto, el comprador tomará de la casa del vendedor hasta cinco veces el valor de lo que había reclamado en este proceso.

§ 13~ Si los testigos de tal señor no estuviesen a mano, los jueces le señalarán un plazo de seis meses. Y si al término del sexto mes, no presenta sus testigos, este señor es un falsario. Sufrirá en su totalidad la pena de este proceso.

§ 14~ Si un señor roba el niño menor de otro, recibirá la muerte.

§ 15~ El que ayudase a escapar por la gran puerta de la ciudad a un esclavo o esclava, sin importar si pertenecen al estado o a particulares, será sancionado con la muerte.

§ 16~ Supuesto que un señor diese refugio a un esclavo o esclava fugitivos, desatendiéndolos llamados del pregonero, sufra la pena de muerte.

§ 17~ Si un señor prende en campo abierto a un esclavo o esclava fugitivos y los devuelve a su dueño, el dueño del esclavo le dará dos siclos de plata.

§ 18~ Si este esclavo no ha querido mencionar el nombre de su dueño, le llevará al palacio; allí se realizará una investigación y se lo devolverán a su dueño.

§ 19~ Si retiene al esclavo en su casa y si después el esclavo es hallado en su posesión, el señor recibirá la muerte.

§ 20~ Si el esclavo huye de la casa de aquel que lo prendió, este hombre lo jurará así por el dios al dueño del esclavo y se marchará libre.

§ 21~ Si un señor abre brecha en una casa, delante de la brecha se le matará y se le colgará.

§ 22~ Si un señor se entrega al bandidaje, prendido que sea, impóngasele la muerte.

§ 23~ Si el bandido no es prendido, el señor que ha sido robado declarará oficialmente delante del dios los pormenores de lo perdido; después, la ciudad y el gobernador en cuyo territorio y jurisdicción se cometió el bandidaje, le compensarán por todo lo perdido.

§ 24~ Si es una vida lo que se perdió, la ciudad y el gobernador pesarán una *mina* de plata y se la entregarán a su gente.

§ 25~ Si se declara un incendio fortuito en la casa de un señor y si el que acudió a apagarlo pone los ojos sobre algún bien habido en ella, apropiándose del mismo, sea lanzado al fuego.

§ 26~ Supuesto que un oficial o un especialista militar recibiese la orden de partir en una misión del rey y no fuese a ella o, en su lugar, enviase a un mercenario, impóngasele la muerte. El denunciante del hecho, reciba la hacienda del condenado.

§ 27~ Si un oficial o un especialista militar, mientras servía las armas del rey, ha sido hecho prisionero, y durante su ausencia han dado su campo y su huerto a otro que ha cumplido con las obligaciones del feudo pagando la renta; si el oficial o el especialista regresa y vuelve a su ciudad, le serán devueltos su campo y su huerto y será él quien cumplirá las obligaciones del feudo.

§ 28~ Si un oficial o un especialista militar, mientras servía las armas del rey, ha sido hecho prisionero y si su hijo es capaz de cumplir las obligaciones del feudo, le serán entregados el campo y el huerto y él cuidará de las obligaciones feudales de su padre.

§ 29~ Si su hijo es un menor y no es capaz de cumplir las obligaciones del feudo de su padre, un tercio del campo y del huerto se le dará a su madre; así su madre podrá criarle.

§ 30~ Si un oficial o un especialista militar ha dejado abandonado su campo, su huerto y su casa, motivado por las obligaciones del feudo, y tras ello se ausentó; si otro, después de su partida, se hizo cargo de su campo, huerto y casa y cumplió las obligaciones del feudo durante tres años; si el anterior feudatario regresase y reclamase su campo, huerto y casa, éstos no se le concederán. Sólo quien se hizo cargo de ellos y cumplió las obligaciones del feudo se convertirá en feudatario.

§ 31 ~ Si se ausenta solamente un año y luego regresa, su campo, huerto y casa le serán devueltos y será él quien cuide por sí mismo de cumplir las obligaciones de su feudo.

§ 32 ~ Si un mercader rescata a un oficial o a un especialista militar, hecho prisionero durante una campaña del rey y hace posible que regrese a su ciudad, si hay en su casa lo suficiente para rescatarle, él mismo se rescatará; si no hay en su casa lo suficiente para rescatarle, será rescatado por el templo del dios de su ciudad; si no hay en el templo del dios de su ciudad lo suficiente para rescatarle, el estado le rescatará. Su campo, huerto y su casa no pueden ser cedidos para su rescate.

§ 33 ~ Si un capitán o un lugarteniente ha sufrido la, deserción de algún soldado o si ha aceptado para una misión del rey a un mercenario como sustituto y lo ha llevado, ese capitán o ese lugarteniente recibirá la muerte.

§ 34 ~ Si un capitán o un lugarteniente se apropia de los bienes de un oficial, abusa de un oficial, alquila un oficial, entrega un oficial a un superior en un litigio o se apropia de la concesión que el rey hizo a un soldado, ese capitán o ese lugarteniente recibirá la muerte.

§ 35 ~ Si un señor compra de las manos de un oficial el ganado mayor o menor que el rey había dado al oficial, perderá su plata.

§ 36 ~ El campo, el huerto y la casa de un oficial, de un especialista militar o de un «portador de obligación» no pueden ser vendidos.

§ 37 ~ Si un señor ha comprado el campo, el huerto o la casa de un oficial, de un especialista militar o de un «portador de obligación», su tablilla contractual será rota y perderá su plata; campo, huerto o casa volverán a su dueño.

§ 38 ~ Un oficial, un especialista militar o un «portador de obligación» no puede ceder por escrito a su mujer o hija ninguna parte de su campo, huerto o casa pertenecientes a su feudo. No puede asignarlos tampoco para liberarse de un apremio.

§ 39 ~ Puede ceder por escrito a su mujer o hija cualquier parte del campo, huerto o casa que compra y de la que es propietario. Puede también asig-

narlos para liberarse de un apremio.

§ 40 ~ Una mujer *nadítum*¹, un mercader o cualquier otro feudatario puede vender su campo, su huerto o su casa; el comprador, al adquirir el bien, se obliga a cumplir los servicios feudales del campo, huerto o casa.

§ 41 ~ Si un señor adquiere por cambio el campo, el huerto o la casa de un oficial, un especialista militar o un «portador de obligación» y además hace un pago adicional, el oficial, especialista (militar) o «portador de obligación» recobrará su campo, su huerto o casa; conservará además el pago adicional que le fue hecho.

§ 42 ~ Supuesto que un señor alquilase un predio para cultivarlo y desatendiese luego tal labor agrícola, sea por ello obligado a dar grano al propietario en la proporción en la que en los campos contiguos se cosecha el producto.

§ 43 ~ Si obró por descuido, además de dar grano al propietario, surcará el predio con la laya, lo azadonará y lo devolverá al propietario.

§ 44 ~ Si un señor ha alquilado por tres años un campo y por pereza no lo cultiva, al cuarto año ha de roturarlo con la laya; luego de azadonarlo y rastrellarlo, lo devolverá al propietario. Sin perjuicio de ello, entregará al dueño una medida de diez GUR de grano por cada BUR².

§ 45 ~ Si un señor ha alquilado su campo a un arrendatario y si ha recibido la renta de su campo, si después el dios Adad ha inundado el campo o si una inundación ha destrozado la cosecha la pérdida caerá sólo sobre el arrendatario.

§ 46 ~ Si no ha recibido la renta de su campo, tanto si alquiló el campo por la mitad como por el tercio de la cosecha, el grano que se haya podido producir en el campo se repartirá, según la proporción fijada, entre el arrendatario y el propietario del campo.

§ 47 ~ Si el arrendatario, puesto que no recuperó la inversión del año anterior ha dicho: «Quiero todavía cultivar el campo», el propietario del campo no se podrá oponer; es únicamente su arrendatario del año precedente quien podrá cultivar el campo y, llegada la cosecha, tomará grano según se convino

¹ Sacerdotisa.

² Equivalía el BUR a 64.800 m².

en su contrato.

§ 48~ Si un señor tiene una deuda y si el dios Adad ha inundado su campo, o bien si una inundación ha destrozado la cosecha, o bien si a causa de la sequía, el campo no produce grano, en ese año no entregará grano a su acreedor; cancelará su tablilla de contrato y no pagará el interés de ese año.

§ 49~ Si un señor ha tomado plata prestada de un mercader y si ha dado en garantía al mercader un campo para el cultivo de grano o de sésamo, si le ha dicho: «Cultiva el campo, después, cosecha y toma el grano o sésamo que produzca»; si el cultivador ha producido grano o sésamo en el campo, corresponde, en la cosecha, al propietario del campo tomar el grano o sésamo que se produjo en el campo, después dará al mercader grano por su plata que tomó prestada del mercader, así como su interés; además indemnizará al mercader por el coste del cultivo.

§ 50~ Si ha dado en garantía un campo plantado <de grano> o un campo plantado de sésamo, el propietario del campo será el único que tomará el grano o el sésamo que haya producido el campo, después devolverá al mercader la plata con su correspondiente interés.

§ 51~ Si no puede devolver la plata, dará al mercader <grano> sésamo como contravalor de la plata que recibió del mercader y de su correspondiente interés, siguiendo el tenor de las ordenanzas del rey.

§ 52~ Si el cultivador no ha podido producir grano o sésamo en el campo, el acreedor, no podrá modificar su contrato.

§ 53~ Si un señor ha sido negligente para reforzar el dique de su campo y si no reforzó su dique, si en su dique se abre una brecha, si con ello ha permitido que las aguas devasten las tierras de laboreo, el Señor en cuyo dique se abrió la brecha compensará el grano que ha hecho perder.

§ 54~ Si no puede pagar el grano, se le venderá a él y a sus bienes, y los ocupantes de la tierra de laboreo, cuyo grano estropeó el agua, se repartirán el fruto de la venta.

§ 55~ Si un señor ha abierto su alberca para la irrigación, si ha sido negligente y ha dejado que las aguas devas-

ten el territorio de su vecino, entregará grano en la misma proporción que hayan producido las tierras de su vecino.

§ 56~ Si un señor dio entrada al agua y permitió que el agua estropease la labor del campo de su vecino, medirá diez GUR³ de grano por cada BUR.

§ 57~ Si un pastor no se ha puesto de acuerdo con el propietario de un campo para que su rebaño pascie en la hierba, si hace que pascie su rebaño en el campo sin el consentimiento del propietario del campo, cuando el propietario del campo siega su campo, el pastor de las ovejas, que pacieron en el campo sin el consentimiento del propietario del campo, dará al propietario del campo veinte GUR de grano por cada BUR.

§ 58~ Si, después que los rebaños se han retirado de las tierras de laboreo y que el cercado del redil ha sido trazado ante la puerta principal un pastor guía su rebaño a un campo y permite que el rebaño pascie en el campo, el pastor cuidará del campo en el que apacentó su rebaño y llegada la siega medirá para indemnizar al propietario del campo GUR de grano por cada BUR.

§ 59~ Si un señor, sin el consentimiento del propietario de un huerto, ha cortado un árbol en el huerto de otro señor, pesará para indemnizarle media *mína* de plata.

§ 60~ Si un señor ha dado un campo a un hortelano para que estableciera un huerto, si el hortelano planta el huerto, cultivará el huerto durante cuatro años; al quinto año el propietario del huerto y el hortelano repartirán equitativamente, pero será el propietario del huerto quien primero escoja su parte y se la quede.

§ 61~ Si el hortelano no terminó de plantar todo el terreno y si dejó una porción yerma, se le asignará la porción yerma dentro de su parte.

§ 62~ Si no plantó el huerto en el campo que le fue entregado, si era un campo en barbecho, el hortelano medirá al propietario del campo una renta sobre el campo, por los años que estuvo descuidado, en la misma proporción de lo que produzca el campo de su vecino; además trabajará el campo convenientemente y lo restituirá al propietario del campo.

³ 250 litros de grano.

§ 63~ Si fuera un erial, trabajará el campo convenientemente y restituirá el campo <al> propietario del campo; además medirá diez GUR de grano por BUR por un año.

§ 64~ Si un señor dio su huerto a un hortelano para que lo fecundase, el hortelano, mientras retenga el huerto, entregará al propietario del huerto los dos tercios de la producción del huerto; él tomará el tercio restante.

§ 65~ Si el hortelano no fecundó el huerto y si permitió la disminución de su rendimiento, el hortelano medirá ante la puerta principal de la ciudad, la renta del huerto siguiendo la de su vecino y devolverá el huerto a su propietario.

§ 66~ Si un señor ha tomado prestada plata de un mercader y su mercader le ha apremiado a reembolsarle y si no tiene nada para pagar excepto un huerto y no le ha dado su huerto al mercader después de la fecundación y si le ha dicho: «Toma todos los dátiles que produzca el huerto para compensar tu plata», el mercader no consentirá en el lo sólo el propietario del huerto recogerá los dátiles que produzca el huerto y pagará al mercader la plata y su interés con arreglo a su tablilla. El excedente de dátiles que haya producido el huerto los tomará el propietario del huerto.

§ 67~ Si un señor quiere construir una casa y si su cercano vecino [...]. *No se conserva lo siguiente.*

§ 68~ *No se conserva.*

§ 69~ *No se conserva.*

§ 70~ *Se conserva incompleto e ilegible.*

§ 71~ Si ha dado grano, plata o un bien por una casa ligada a servidumbre que es la casa de su vecino, que él quiere comprar, perderá cuanto haya pagado la casa volverá a su propietario. Si tal casa no está ligada a servidumbre podrá comprarla; podrá pagar por esta casa grano, plata u otros bienes.

§ 72~ Si un señor ha edificado sobre un erial sin el consentimiento de su vecino, perderá la casa que haya construido y devolverá el erial a su propietario.

§ 73~ *No se conserva.*

§ 74~ *No se conserva.*

§ 75~ *No se conserva.*

§ 76~ *No se conserva.*

§ 77~ *No se conserva.*

§ 78~ El propietario de una casa que luego de haber recibido la merced conductiva anual pretende obligar al arrendatario a hacer dejación del inmueble, pierda el dinero recibido.

§ 79~ *Ilegible e incompleto.*

§ 80~ *Incompleto.*

§ 81~ *Incompleto.*

§ 82~ *Incompleto.*

§ 83~ *Incompleto.*

§ 84~ *Incompleto.*

§ 85~ *Incompleto.*

§ 86~ *Incompleto.*

§ 87~ *Incompleto.*

§ 88~ Si un mercader ha prestado grano o plata con interés, recibirá por cada GUR de grano cien de grano como interés. Si presta plata con interés, por cada siclo de plata recibirá un sexto de siclo y seis como interés.

§ 89~ Si un señor que tiene una deuda, no tiene plata para reembolsarla, pero tiene grano; siguiendo las ordenanzas del rey el mercader tomará como interés cuanto precise de grano.

§ 90~ Si el mercader ha aumentado el interés más allá de cien QA. Por GUR de grano, o más allá de un sexto de siclo y seis SE por siclo de plata y si lo ha cobrado, perderá todo lo que prestó.

§ 91~ Si un mercader ha prestado grano o plata con interés y si ha cobrado el interés en su totalidad del grano o de la plata y luego, pretende decir que no cobró el interés del grano o de la plata.

§ 92~ *No se conserva.*

§ 93~ Si un mercader ha prestado grano o plata con interés y si ha cobrado el interés del grano o de la plata, pero (si) no ha deducido toda (la cantidad) de grano o de plata que recibió y no escribe una nueva tablilla (de contrato), o bien (si) ha añadido el interés al capital principal. El mercader devolverá doblada (la cantidad) total de grano <o de plata> que recibió.

§ 94~ Si un mercader ha prestado grano o plata con interés y (si) cuando lo presta con interés, entrega la plata con peso pequeño o el grano con medida inferior y cuando debía recobrarlo quiere conseguir la plata con el peso gran-

de o el grano con la medida grande ese mercader perderá cuanto prestó.

§ 95~ Si un mercader ha prestado grano o plata con interés sin testigos ni contrato, perderá cuanto prestó.

§ 96~ Si un señor ha tomado prestado grano o plata de un mercader y si no tiene grano o plata para reembolsarlo, pero sí tiene otro(s) bien(es) dará al mercader lo que tenga (declarándolo) ante testigos cada vez que traiga algún bien; el mercader no podrá hacer objeciones y deberá aceptarlos.

§ 97~ *Incompleto.*

§ 98~ *Ilegible e incompleto.*

§ 99~ Si un señor ha dado plata a otro señor para constituir una sociedad, se repartirán a partes iguales, delante del dios, el beneficio o la pérdida que resultaren.

§ 100~ Si un mercader ha confiado plata a un traficante para vender y traficar y lo despacha con una misión comercial, el traficante en el transcurso de la misión que le ha sido confiada, comerciará. Si adonde ha ido, ha obtenido beneficio, apuntará todo el beneficio obtenido y hará el cálculo (de los gastos) de sus días, después resarcirá a su mercader.

§ 101~ Si el traficante adonde ha ido no ha obtenido beneficio, el traficante pagará al mercader el doble de la plata que recibió (para realizar la misión comercial).

§ 102~ Si un mercader presta plata a un traficante como un favor y (si) adonde ha ido ha experimentado pérdidas, (únicamente) pagará al mercader el capital que recibió.

§ 103~ Si, estando en el camino, un enemigo le desvalija de todo lo que transportase, el traficante lo jurará así por la vida del dios y quedará libre.

§ 104~ Si un mercader ha confiado a un traficante grano, lana, aceite o cualquier mercancía para comerciar, el traficante anotará la plata y (la) entregará al mercader; el traficante obtendrá una tablilla sellada mencionando (en ella) la plata que ha entregado al mercader.

§ 105~ Si el traficante ha sido negligente y (si) no ha obtenido la tablilla sellada, mencionando la plata que entregó al mercader, la plata que no figure (anotada) sobre la tablilla sellada no podrá acreditarse en la cuenta.

§ 106~ Si un traficante ha tomado prestada plata de un mercader y después debate (el hecho) con su mercader, ese mercader en presencia del dios y de testigos probará que el traficante tomó la plata prestada y el traficante pagará al mercader hasta tres veces (la cantidad) total de plata que tomó prestada.

§ 107~ Si un mercader ha confiado (algo) a un traficante y (si) el traficante ha devuelto a su mercader lo que el mercader le había dado, (si) el mercader disputó (luego) con él sobre lo que el traficante le dio, ese traficante habrá de probarlo contra el mercader en presencia del dios y de testigos, y el mercader, puesto que ha disputado con su traficante, pagará al traficante hasta el séxtuplo de lo que recibió.

§ 108~ Si una tabernera no quiere recibir grano como precio por una bebida y recibe plata por el peso grande, o (si) disminuye la cantidad de la bebida, caso de que acepte como pago el valor del grano, lo probarán contra la tabernera y la arrojarán al agua.

§ 109~ Si la tabernera, en cuyo establecimiento unos conspiradores se reúnen para conspirar, no apresa a esos conspiradores y no los conduce al palacio, la tabernera recibirá la muerte.

§ 110~ Si una mujer *naditum* o una mujer *entum*⁴ que no vive en el claustro, ha abierto una taberna o entra allí para (tomar) cerveza, esa mujer será quemada.

§ 111~ Si una tabernera dio una cántara de bebida a crédito, recibirá cincuenta QA de grano en la época de recolección.

§ 112~ Si un señor, dedicado a un viaje (comercial) ha entregado plata, oro, piedras (preciosas) o (cualquier) otro bien de su propiedad a (otro) señor y se los consigna para que los transporte, (si) ese señor no entrega todo lo que debía ser transportado en el lugar adonde debía ser transportado, sino que se apropia (de ello), el propietario de los objetos a transportar probará la acusación contra tal señor respecto a lo que debía ser transportado y que él no entregó; en ese caso ese señor pagará al propietario de los objetos a transportar hasta cinco veces todo lo que le había sido entregado.

§ 113~ Si un señor debe recuperar

⁴ Sacerdotisa de superior rango.

(una deuda de) grano o de plata de (otro) señor y (si), sin el consentimiento del propietario del grano, toma grano del granero o de la era, se probará que ese señor tomó grano del granero o de la era sin el consentimiento del propietario del grano y devolverá todo el grano que cogió; además perderá todo lo que prestó.

§ 114 ~ Si un señor no tiene que recuperar (una deuda de) grano o de plata de (otro) señor y embarga (a algo vivo) como su prenda, por cada prenda pagará un tercio de *mina* de plata.

§ 115 ~ Si un señor tiene que recuperar (una deuda de) grano o de plata de (otro) señor y embarga (a algo vivo) como su prenda y la prenda muere después de muerte natural en la casa del embargador, ese caso no exige reparación.

§ 116 ~ Si la prenda, en la casa del embargador, ha muerto apaleada o (a consecuencia) de malos tratos, el propietario de la prenda lo probará contra su mercader, y si (la prenda) era el hijo de un Señor, darán muerte a su hijo (y) si era un esclavo del (citado) señor, (el mercader) pesará un tercio de *mina* de plata; además perderá todo lo que haya prestado.

§ 117 ~ Si un señor ha sido apremiado por una obligación y (si éste) ha dado por plata a su esposa, su hijo o su hija o bien si los ha entregado a servicio, durante tres años trabajarán en la casa de su comprador o del que los tiene a servicio; al cuarto año recobrarán su libertad.

§ 118 ~ Si (se trata de) un esclavo o esclava (que) ha sido entregado a servicio, si (el deudor) deja pasar (el período de rescate), el mercader podrá vender (al esclavo o esclava); él (esclavo o esclava) no podrá ser reclamado.

§ 119 ~ Si un hombre ha sido apremiado por una obligación y ha debido vender a su esclava, que le había dado hijos, (si) el propietario de la esclava pesa la plata que el mercader había pesado, podrá rescatar a su esclava.

§ 120 ~ Si un señor depositó su grano en almacenamiento en la casa de (otro) señor y ocurre una pérdida en el granero o el propietario de la casa abrió el lugar del almacenamiento y cogió grano, o negó completamente (haber recibido) el grano almacenado en su casa, el propietario del grano efectuará delante del dios la declaración oficial de su grano.

Entonces el propietario de la casa dará al propietario del grano el doble del grano que había recibido.

§ 121 ~ Si un señor depositó grano en la casa de (otro) señor, pagará anualmente por (cada) GUR de grano, cinco QA de grano (como) cuota de almacenamiento.

§ 122 ~ Si un señor desea depositar plata, oro o cualquier cosa en (otro) señor, todo lo que quiera confiar será enseñado a testigos, formalizará un contrato y (luego) entregará (lo que quiera confiar) para su depósito.

§ 123 ~ Si lo que quiere confiar (lo) entrega para su custodia en depósito, sin testigos ni contrato, y (si) se le niega (la devolución) en donde hizo el depósito, ésta causa no admite reclamación.

§ 124 ~ Si un señor deposita plata, oro o cualquier cosa en (otro) señor para su custodia en presencia de testigos y (el depositario) le niega (el hecho), lo probará contra el señor y pagará el doble de lo que haya negado.

§ 125 ~ Si un señor depositó alguna propiedad suya (para su custodia) y en el lugar donde hizo el depósito, bien por fractura, bien por escalo (de la pared), su propiedad desapareció juntamente con la propiedad del dueño de la casa, el propietario de la casa, puesto que ha sido negligente, reemplazará lo que se le había dado en custodia y que había perdido y lo restituirá al propietario de los bienes. En cuanto al propietario de la casa, (éste) buscará detenidamente su propiedad perdida y la recobrará del ladrón.

§ 126 ~ Si un señor, en el supuesto de que algo de su propiedad no se hubiese perdido, declara: «Mi propiedad se ha perdido» y pone en pleito al consejo (de su distrito), su consejo declarará oficialmente en presencia del Dios que su propiedad no se perdió y él dará al consejo (de su distrito) el doble de lo que reclamó.

§ 127 ~ Si un señor señaló con el dedo a una mujer *entum* o a la esposa de (otro) señor sin aportar pruebas, flagelarán a tal persona en presencia de los jueces y le rasurarán una parte (de su pelo).

§ 128 ~ Si un señor toma una esposa, pero no extiende su contrato, esa mujer no es su esposa.

§ 129 ~ Si la esposa de un señor es

sorprendida acostada con otro hombre, los ligarán (uno a otro) y los arrojarán al agua. Si el marido de la mujer desea perdonar a su mujer, entonces el rey puede (a su vez) perdonar a su súbdito.

§ 130 ~ Si un señor ha dominado a la esposa de (otro) señor, que no había conocido varón y que vivía aún en la casa de su padre, y yació en su seno y le han sorprendido, ese señor recibirá la muerte; la mujer quedará en libertad.

§ 131 ~ Si la mujer de un señor es acusada por su marido, pero no se la sorprende cohabitando con otro hombre pronunciará el juramento por el Dios y volverá a su casa.

§ 132 ~ Si la esposa de un señor es señalada con el dedo por culpa de otro varón, pero no ha sido sorprendida cohabitando con el otro hombre, por su marido, ella se arrojará al río.

§ 133 (A) ~ Si un señor es hecho cautivo y hay en su casa lo necesario para vivir, su esposa hasta que su marido finalice su cautividad cuidará de sí misma; no entrará en la casa de otro hombre.

§ 133 (B) ~ Si esa mujer no cuida de sí misma, sino que entra en la casa de otro hombre, lo probarán (contra esa mujer) y se la arrojará al agua.

§ 134 ~ Si un señor es hecho cautivo y no hay en su casa (lo suficiente) para vivir, su esposa puede entrar en la casa de otro (hombre); (si así lo hace) esa mujer no tiene culpa.

§ 135 ~ Si un señor es hecho cautivo y no hay en su casa (lo suficiente) para vivir, (si) antes (de su regreso), su esposa ha entrado en la casa de otro (hombre) y ha tenido hijos, (y si) más tarde su marido ha vuelto y ha regresado a su ciudad, esa mujer regresará junto a su (primer) marido; los hijos permanecerán con su padre.

§ 136 ~ Si un señor abandonó su ciudad y huyó (y si) después de su defecación, su esposa ha entrado en la casa de otro (hombre), en caso de que ese señor regrese y desee recobrar a su esposa, puesto que él desdeñó su ciudad y huyó (de ella), la esposa del fugitivo no retornará a su (primer) esposo.

§ 137 ~ Si un señor se propone divorciarse de una mujer *šūgetum*⁵ que

le había dado hijos o de una mujer *naditum* que le proporcionó hijos se le devolverá su dote a esa mujer y se le dará una parte del campo, del huerto y de los bienes (familiares) para que ella pueda criar a sus hijos. Después que haya criado a sus hijos, de todo lo que se dará a sus hijos, se le entregará una parte como (la de) un heredero, y (entonces) tomará al marido de su elección.

§ 138 ~ Si un señor se propone divorciarse de su esposa *hirtum*⁶ la cual no le dio hijos, le dará plata hasta la cantidad de sus arras; además le devolverá la dote que había aportado de la casa de su padre. Después podrá repudiarla.

§ 139 ~ Si no existieron arras, (el marido) le entregará una *mina* de plata como indemnización por la repudiación.

§ 140 ~ Si (se trata de) un subalterno, le entregará un tercio de una *mina* de plata.

§ 141 ~ Si la esposa de un señor, que vive en la casa de (ese) señor, decide marcharse, adquiere un peculio secretamente, dilapida su casa (y) humilla a su marido, lo probarán contra ella. Entonces, si su marido declara que quiere repudiarla, podrá repudiarla; no tendrá que darle nada (ni) para sus gastos de partida (ni por) la repudiación. Si su marido declara que no quiere repudiarla, su marido podrá tomar (en matrimonio) a otra mujer; en cuanto a la (primera) mujer vivirá como esclava en la casa de su marido.

§ 142 ~ Si una mujer toma odio a su marido y le dice: «Tú no me tendrás más (como esposa)», una investigación será realizada en su distrito. Entonces, si (se averigua que) fue cuidadosa y no se le halla falta, (si) de otro lado su marido salió y la descuidó mucho, esa mujer no es culpable; recogerá su dote y se irá a la casa de su padre.

§ 143 ~ Si no fue cuidadosa y, al contrario, fue callejera, (si) dilapidó su casa y humilló a su marido, esa mujer será arrojada al agua.

§ 144 ~ Si un señor tomó (en matrimonio) a una mujer *naditum* y esta *naditum* le dio una esclava a su marido y ha tenido (con la esclava) hijos, (si) ese señor se ha propuesto tomar (en matrimonio) a una mujer *šūgetum*, no se le autorizará a ese señor; no podrá

⁵ Aunque pertenecían al estamento clerical, podían contraer matrimonio. Eran de rango inferior.

⁶ Es la esposa que, a excepción del marido, no conoció antes otro hombre.

tomar (en matrimonio) a una *šuetum*.

§ 145~ Si un señor tomó (en matrimonio) a una mujer *naditum* y ella no le dio hijos, y él se propone tomar (en matrimonio) una mujer *šuetum*, ese señor puede tomar (en matrimonio) a la *šuetum* y hacerla entrar en su casa. Esa *šuetum* no tendrá la misma categoría que la *naditum*.

§ 146~ Si un señor tomó en matrimonio a una mujer *naditum* y (si) ella dio una esclava a su marido y tuvo (con la esclava) hijos, (si) más tarde esta esclava ha querido igualarse con su señora porque tuvo hijos, su señora no podrá venderla; le colocará una marca (con la señal) de la esclavitud y la contará con sus esclavos.

§ 147~ Si no tuvo hijos, su señora podrá venderla.

§ 148~ Si un señor ha tomado en matrimonio a una esposa y una fiebre (maligna) se ha apoderado (de ella), si se propone tomar otra (esposa), podrá tomarla (pero) no podrá repudiar a su esposa, víctima de la fiebre. Vivirá en la casa que él construyó y, mientras ella viva, deberá mantenerla.

§ 149~ Si esa mujer se niega a vivir en la casa de su marido, él le devolverá la dote que llevó de la casa de su padre y podrá irse.

§ 150~ Si un señor ha donado a su esposa un campo, un huerto, una casa o un bien mueble y le ha librado un documento sellado, después (de la muerte) de su marido sus hijos no podrán reivindicarlos para ellos. La madre dará su muerte su herencia a su hijo preferido (pero) no puede dejarla a un extraño.

§ 151~ Si una mujer que vive en la casa de un señor obligado a su marido a entregarle una tablilla mediante la cual un acreedor de su marido no pueda embargarla (a ella), si ese señor tuvo una deuda antes de que tomase a esa mujer (en matrimonio), su acreedor no podrá (de ninguna manera) embargar a su esposa; (asimismo) si esa mujer tuvo una deuda antes de que entrase en la casa del señor, su acreedor no podrá (de ninguna manera) embargar a su marido.

§ 152~ Si, después que la mujer ha entrado en la casa de señor, (ambos) han contraído una deuda, los dos deberán reembolsar al mercader.

§ 153~ Si la esposa de un señor, por

culpa de otro varón. Ha causado la muerte de su marido, esa mujer será empalada.

§ 154~ Supuesto que un señor cohabitase con su hija, sea expulsado de la ciudad.

§ 155~ Si un señor eligió esposa para su hijo y su hijo cohabitó con ella, (si) después él mismo ha yacido en su seno y le han sorprendido, se ligará a ese señor y se le arrojará al agua.

§ 156~ Si un señor eligió esposa para su hijo y su hijo no cohabitó con ella, pero (si) él mismo ha yacido en su seno, le pesará (a la mujer) media *mina* de plata y, además, le devolverá todo lo que ella hubiese traído de la casa de su padre; (después) el hombre de su elección podrá tomarla (en matrimonio).

§ 157~ Si un señor, después de su padre, yace en el seno de su madre, se les quemará a ambos.

§ 158~ Si un señor, después de su padre, ha sido sorprendido en el seno de la esposa principal, la cual tuvo hijos, ese señor será arrancado de la casa paterna.

§ 159~ Si un señor que ha hecho llevar el regalo (nupcial) a la casa de su (presunto) suegro (y) ha pagado las arras, se ha enamorado de otra mujer y ha dicho a su (presunto) suegro: «No tomaré a tu hija», el padre de la hija se quedará todo lo que le había sido entregado.

§ 160~ Si un señor ha hecho llevar el regalo (nupcial) a la casa de su (presunto) suegro (y) ha pagado las arras y el padre de la hija dice (después): «No te daré mi hija», (el presunto suegro) devolverá el doble de todo lo que le fue entregado.

§ 161~ Si un señor ha hecho llevar el regalo (nupcial) a la casa de su (presunto) suegro (y) ha pagado las arras, y un amigo suyo le calumnia (hasta el punto que) su (presunto) suegro dice al propietario de la esposa «No tomarás a mi hija», (el presunto suegro) devolverá el doble de todo lo que le fue entregado; (además) su amigo no podrá tomar (en matrimonio) a su esposa.

§ 162~ Si un señor ha tomado esposa, (si) ella le da hijos (y) luego esa mujer muere, su padre no podrá reclamar su dote; su dote pertenece (exclusivamente) a sus hijos.

§ 163~ Si un señor ha tomado espo-

sa y no le ha procurado hijos, (si) esa mujer muere, si las arras que ese señor había llevado a la casa de su suegro, su suegro se las había devuelto, el marido no podrá reclamar la dote de tal mujer; su dote pertenece (exclusivamente) a la casa de padre de ella.

§ 164 ~ Si su suegro no le devuelve las arras, deducirá de su dote la cantidad (total) de sus arras y devolverá (el resto) de su dote a la casa del padre de ella.

§ 165 ~ Si un señor ha dado a su hijo heredero, que es su favorito, un campo, un huerto (o) una casa (y) le ha redactado un documento sellado, después que el padre haya muerto, cuando los hermanos repartan (la herencia) él conservará la donación que el padre le concedió, y el resto de los bienes de la herencia paterna (lo) distribuirán (entre ellos) equitativamente.

§ 166 ~ Si un señor ha tomado esposas para los hijos que haya tenido y no ha tomado esposa para su hijo menor, después que el padre haya muerto, cuando los hermanos repartan (la herencia), de los bienes de la hacienda paterna (y) para su hermano menor que no consiguió esposa, además, de su parte (correspondiente), le asignarán un suplemento equivalente a la plata de las arras; así le capacitarán para que tome una esposa.

§ 167 ~ Si un señor ha tomado una esposa y le da hijos, (si) esa mujer ha muerto (y) tras su muerte él ha tomado (en matrimonio) otra mujer y le da (también) hijos, después que el padre haya muerto, los hijos no repartirán (la herencia) según sus madres; tomarán las dotes cada uno de su (respectiva) madre; y, en cuanto a los bienes de la hacienda paterna, se (los) repartirán equitativamente.

§ 168 ~ Si un señor se propone desheredar a su hijo (y si) dice a los jueces: «Quiero desheredar a mi hijo», los jueces investigarán sus antecedentes; y si el hijo no cometió una falta (lo bastante) grave para ser excluido de la herencia, el padre no podrá desheredar a su hijo.

§ 169 ~ Si ha cometido contra su padre una falta (lo bastante) grave para ser excluido de la herencia, (los jueces) le perdonarán en la primera ocasión; si incurre en falta grave por segunda vez, el padre podrá excluir a su hijo de la herencia.

§ 170 ~ Si un señor a quien su esposa *Hirtum* le dio hijos y su esclava (también) le dio hijos; (si) el padre dijo (alguna vez) durante su vida a los hijos que la esclava le había dado «Sois mis hijos» (y si) los ha contado entre los de su esposa *Hirtum*, después que el padre haya muerto, los hijos de la esposa *Hirtum* y los hijos de la esclava se distribuirán equitativamente los bienes de la hacienda paterna, (pero) el hijo heredero, hijo de la esposa *Hirtum* escogerá y tomará (primero).

§ 171 (A) ~ Si el padre no dijo durante su vida a los hijos que la esclava le había dado «Sois mis hijos», después que el padre haya muerto, los hijos de la esclava no participarán de los bienes de la hacienda con los hijos de la esposa *Hirtum*. Se concederá la libertad a la esclava y a sus hijos (sin que) los hijos de la esposa *Hirtum* puedan reclamar a los hijos de la esclava como servidumbre.

§ 171 (B) ~ La esposa *Hirtum* tomará su dote y la donación que su marido le había dado (y) que escribió para ella en una tablilla, y residirá en la casa de su marido; mientras viva disfrutará del usufructo (de ellos), no pudiendo venderlos; (luego) su sucesión revertirá exclusivamente a sus hijos.

§ 172 ~ Si su marido no le hizo (ninguna) donación, se le entregará su dote y, de los bienes de la herencia de su marido, tomará una parte como la de un hijo heredero. Si sus hijos la maltratan para hacerla salir de la casa de su marido, los jueces investigarán sus antecedentes; (si) culpan a los hijos, esa mujer no abandonará la casa de su marido. Si esa mujer se propone salir (de la casa), cederá a sus hijos la donación que su marido le entregó, (pero) tomará la dote (que provenía) de la casa de su padre. Entonces el hombre de su elección la tomará (en matrimonio).

§ 173 ~ Si esa mujer, en la casa en que entró, da hijos a su segundo marido, (si) después esa mujer muere, los primeros y los segundos hijos se repartirán su dote.

§ 174 ~ Si no ha dado hijos a su segundo marido, los hijos de su primer marido recibirán su dote.

§ 175 ~ Si un esclavo del palacio o un esclavo de un subalterno ha tomado (en matrimonio) una hija de un hombre libre y le dio hijos, el propietario del esclavo no podrá reclamar para la servi-

dumbre los hijos de la hija de un hombre libre.

§ 176 (A) ~ Y si un esclavo del palacio o un esclavo de un subalterno ha tomado (en matrimonio) una hija de un hombre libre y cuando se casó con ella, entró (ella) en la casa del esclavo del palacio o en la del esclavo del subalterno con la dote de la casa de su padre, y (si) después que se unieron, fundaron un hogar (y) adquirieron bienes, (si) tras ello, el esclavo del palacio o el esclavo del subalterno murió, la hija del hombre libre tomará su dote; pero todo lo que su marido y ella adquirieron después de unirse, se dividirá en dos partes, y una mitad (la) tomará el propietario del esclavo, la (otra) mitad (la) tomará la hija del hombre libre para sus hijos.

§ 176 (B) ~ Si la hija del hombre libre no tiene dote, todo lo que su marido y ella adquirieron después de unirse se dividirá en dos partes, y una mitad (la) tomará el propietario del esclavo, la (otra) mitad (la) tomará la hija del hombre libre para sus hijos.

§ 177 ~ Si una viuda, cuyos hijos son menores, se propone entrar en la casa de otro (hombre), no podrá entrar (en ella) sin (la autorización de) los jueces. Cuando sea autorizada a entrar en la casa de otro (hombre), los jueces redactarán el inventario de la hacienda de su primer marido, después ellos confiarán la hacienda de su primer marido a su segundo marido y a esa mujer, haciéndoles entrega de una tablilla. Tendrán la guarda de la hacienda y criarán a los (hijos) menores; no podrán vender los bienes (de la familia). El comprador que adquiera los bienes (familiares) de los hijos de una viuda perderá su plata (y) los bienes volverán a su propietario.

§ 178 (A) ~ Si una mujer *entum*, una mujer *naditum* o una mujer *zikrum*⁷, a la que su padre le entregó una dote (y) la escribió en una tablilla, (si) sobre la tablilla que escribió no estipuló que ella podría dar su herencia a quien le pareciera bien y no le dio (por ello) plena satisfacción, después que el padre haya muerto, sus hermanos tomarán su campo y su huerto (de ella) a cambio de entregarle cereales, aceite y vestidos proporcionalmente a (l valor de) su parte, cuidando así de su holgura.

§ 178 (B) ~ Si sus hermanos no le han entregado cereales, aceite y vestidos proporcionalmente a (l valor de) su parte y no han cuidado de su holgura, ella puede entregar su campo y su huerto al arrendatario que le plazca y su arrendatario la mantendrá. Del campo, del huerto y de todo lo que su padre le haya asignado por escrito conservará el usufructo mientras viva; no podrá ella venderlos, tampoco podrá tomar a otro (como heredero): su herencia revertirá (exclusivamente) a sus hermanos.

§ 179 ~ Si una mujer *entum*, una mujer *naditum* o una mujer *zikrum*, a la que su padre le entregó una dote (y) la escribió en una tablilla, (si) sobre la tablilla que escribió estipuló que ella podría dar su herencia a quien le pareciera bien, y le dio (por ello) plena satisfacción, después que el padre haya muerto podrá dar su herencia a quien le plazca; sus hermanos no podrán reclamar contra ella.

§ 180 ~ Si el padre no entrega una dote a su hija, (que es) una mujer *naditum kallatum*⁸ o una mujer *zikrum*, después que el padre haya muerto, de la herencia paterna ella recibirá una porción como (la de) un hijo heredero y durante su vida tendrá el usufructo de ella; su herencia pertenecerá a sus hermanos.

§ 181 ~ Si un padre consagra al dios (a una hija como) mujer *naditum*, *gadiotum*⁹ o *kulmašitum*¹⁰ y no le entrega dote, después que el padre haya muerto, de los bienes de la hacienda paterna ella recibirá como participación un tercio patrimonial y mientras viva tendrá el usufructo (de ello); su herencia pertenecerá a sus hermanos.

§ 182 ~ Si un padre no ha entregado dote a su hija, mujer *naditum* del dios Marduk de Babilonia y no le escribió un documento sellado, después que el padre haya muerto, de la hacienda paterna recibirá en partición con sus hermanos un tercio patrimonial y no asumirá las obligaciones de su administración. La mujer *naditum*, del dios Marduk puede dar su herencia a quien le plazca.

§ 183 ~ Si un padre ha entregado una

⁸ Prometida del dios.

⁹ Prestaba servicios de meretriz en el templo.

¹⁰ No desvirgada.

⁷ Hombruna. Incluso vestía prendas masculinas.

dote a su hija, mujer *šūgetum* (y) le concede un marido (y) le escribe un documento sellado, después que el padre haya muerto, no tendrá partición en los bienes de la hacienda paterna.

§ 184 ~ Si un padre no ha entregado una dote a su hija mujer *šūgetum*, (y) no le concede un marido, después que el padre haya muerto, sus hermanos proporcionalmente a (la cuantía de) la hacienda paterna la entregarán una dote y le concederán un marido.

§ 185 ~ Si un señor ha tomado un niño desde su nacimiento para darle su nombre y le ha criado, este (hijo) adoptivo no podrá ser reclamado.

§ 186 ~ Si un señor ha tomado un niño para darle su nombre, (si) cuando lo ha tomado, este (adoptado) reclama a su padre y a su madre, el (hijo) adoptado volverá a su casa paterna.

§ 187 ~ El hijo (adoptivo) de un *girseqqûm*¹¹ que presta sus servicios en el palacio o el hijo (adoptivo) de una mujer *zīkrum* no puede ser reclamado.

§ 188 ~ Si un artesano ha tomado un muchacho como (hijo) adoptivo y le ha enseñado su oficio, no podrá ser reclamado.

§ 189 ~ Si no le ha enseñado su oficio, ese (hijo) adoptivo volverá a su casa paterna.

§ 190 ~ Si un señor no ha incluido entre sus propios hijos al muchacho que había tomado para darle su nombre y que había criado, ese (hijo) adoptivo volverá a su casa paterna.

§ 191 ~ Si un señor ha tomado un niño para darle su nombre y le ha criado, (si después) ha establecido su (propio) hogar (y) tuvo así hijos, y si se propone librarse del (hijo) adoptivo, este hijo (adoptivo) no se irá con las manos vacías; el padre que le ha criado le deberá entregar de sus bienes un tercio patrimonial y (entonces) él (el hijo adoptado) se irá; del campo, del huerto y de la casa no está obligado (el padre adoptivo) a darle (nada).

§ 192 ~ Si el hijo (adoptivo) de un *girseqqûm* o el hijo (adoptivo) de una mujer *zīkrum* ha dicho a su padre que le ha criado o a su madre que le ha criado «tú no eres mi padre», «tú no eres mi madre», se le cortará la lengua.

§ 193 ~ Si el hijo (adoptivo) de un

girseqqûm o el hijo (adoptivo) de una mujer *zīkrum* ha identificado su casa paterna y llega a odiar al padre que le ha criado o a la madre que le ha criado y marcha a su casa paterna, le sacarán un ojo.

§ 194 ~ Si un señor ha entregado un hijo a una nodriza y ese hijo muere entre las manos de la nodriza, (y) la nodriza sin (el conocimiento de) su padre y de su madre (del niño muerto) ha ligado (a su seno) a otro niño (para amamantarlo), la convencerán (de ello) y, puesto que sin (el conocimiento de) su padre y de su madre ha ligado (a su seno) a otro niño (para amamantarlo), se le amputarán sus pechos.

§ 195 ~ Si un hijo ha golpeado a su padre, se le amputará su mano.

§ 196 ~ Si un señor ha reventado el ojo de (otro) señor, se le reventará su ojo.

§ 197 ~ Si un señor ha roto el hueso de (otro) señor, se le romperá su hueso.

§ 198 ~ Si ha reventado el ojo de un subalterno o ha roto el hueso de un subalterno, pesará una *mina* de plata.

§ 199 ~ Si ha reventado el ojo del esclavo de un particular o ha roto el hueso del esclavo de un particular, pesará la mitad de su precio.

§ 200 ~ Si un señor ha desprendido (de un golpe) un diente de un señor de su mismo rango, se le desprenderá (de un golpe) uno de sus dientes.

§ 201 ~ Si ha desprendido (de un golpe) el diente de un subalterno, pesará un tercio de *mina* de plata.

§ 202 ~ Si un señor ha golpeado la mejilla de un señor que es superior a él, será golpeado públicamente con un vergajo de buey sesenta veces.

§ 203 ~ Si el hijo de un señor ha golpeado la mejilla de un hijo de un señor que (es) como él, pesará una *mina* de plata.

§ 204 ~ Si un subalterno ha golpeado la mejilla de (otro) subalterno, pesará diez siclos de plata.

§ 205 ~ Si un esclavo de un particular ha golpeado la mejilla del hijo de un señor, se le amputará la oreja.

§ 206 ~ Si un hombre (libre) ha golpeado a (otro) hombre (libre) en una riña y le ha causado una herida, ese hombre (libre) jurará «No le golpeé deliberadamente»; y pagará también al médico.

§ 207 ~ Si ha muerto a causa de los

¹¹ Servidor del rey.

golpes (recibidos), jurará (como antes) y si se trata de un hijo de un señor, pesará media *mina* de plata.

§ 208 ~ Si (el muerto) es un hijo de subalterno, pesará un tercio de *mina* de plata.

§ 209 ~ Si un señor ha golpeado a la hija de (otro) señor y motiva que aborte, pesará diez siclos de plata por el aborto causado.

§ 210 ~ Si esta mujer muere, su hija recibirá la muerte.

§ 211 ~ Si por sus golpes ha causado un aborto a la hija de un subalterno, pesará cinco siclos de plata.

§ 212 ~ Si esta mujer muere, pesará media *mina* de plata.

§ 213 ~ Si ha golpeado a la esclava de un particular y motiva que aborte, pesará dos siclos de plata.

§ 214 ~ Si esta esclava muere, pesará un tercio de *mina* de plata.

§ 215 ~ Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha curado a ese señor o (si) ha abierto la cuenca del ojo de un señor con una lanceta de bronce y ha curado el ojo de ese señor, recibirá diez siclos de plata.

§ 216 ~ Si es (practicada en) el hijo de un subalterno, recibirá cinco siclos de plata.

§ 217 ~ Si es (practicada en) un esclavo de un particular, el propietario del esclavo dará dos siclos de plata al médico.

§ 218 ~ Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en un señor con una lanceta de bronce y ha causado la muerte de ese señor o (si) ha abierto la cuenca del ojo de un señor con la lanceta de bronce y ha destruido el ojo de ese señor, se le amputará su mano.

§ 219 ~ Si un médico ha llevado a cabo una operación de importancia en el esclavo de un subalterno con una lanceta de bronce y le ha causado la muerte, entregará esclavo por esclavo.

§ 220 ~ Si ha abierto la cuenca de su ojo con una lanceta de bronce y ha destruido su ojo, pesará plata por la mitad de su precio.

§ 221 ~ Si un médico ha compuesto el hueso roto de un señor o le ha curado un músculo enfermo, el paciente dará al médico cinco siclos de plata.

§ 222 ~ Si es a un hijo de subalterno, le dará tres siclos de plata.

§ 223 ~ Si es a un esclavo de un particular el propietario del esclavo dará al médico dos siclos de plata.

§ 224 ~ Si un cirujano veterinario ha llevado a cabo una operación de importancia en un buey o en un asno y (le) ha salvado la vida, el propietario del buey o del asno dará al veterinario (como pago) por su salario un sexto de la plata <de su precio>.

§ 225 ~ Si ha llevado a cabo una operación de importancia en un buey o en un asno y le ha causado la muerte, dará al propietario del buey o del asno un quinto de su precio.

§ 226 ~ Si un barbero, sin la autorización del propietario del esclavo, ha borrado la marca de un esclavo ajeno, se amputará la mano de ese barbero.

§ 227 ~ Si un señor ha engañado a un barbero y éste ha borrado la marca de un esclavo que no es suyo, se dará muerte a ese señor y se le colgará en su (propia) puerta. En cuanto al barbero jurará: «Le he borrado (la marca) sin saberlo» y quedará en libertad.

§ 228 ~ Si un albañil ha edificado una casa para un señor y la ha terminado, por (cada) SAR de casa (construido) le dará como gratificación dos siclos de plata.

§ 229 ~ Si un albañil ha edificado una casa para un señor, pero no ha dado solidez a la obra y la casa que construyó se ha desplomado y ha causado la muerte del propietario de la casa, ese albañil recibirá la muerte.

§ 230 ~ Si es al hijo del propietario de la casa a quien ha causado la muerte, recibirá la muerte el hijo de ese albañil.

§ 231 ~ Si es al esclavo del propietario de la casa a quien ha causado la muerte, dará al propietario de la casa un esclavo por (el) esclavo.

§ 232 ~ Si ha destruido bienes, todo lo que haya destruido (lo) pagará. Y puesto que no dio solidez a la casa que edificó y se desplomó, (re)construirá a sus propias expensas la casa que se desplomó.

§ 233 ~ Si un albañil ha edificado una casa para un señor y no ha ejecutado su trabajo siguiendo las normas y un muro se ha inclinado, ese albañil a sus propias expensas reforzará el muro.

§ 234 ~ Si un barquero ha calafateado para un señor una embarcación de 60 GUR, le dará como remuneración dos siclos de plata.

§ 235 ~ Si un barquero ha calafateado una embarcación para un señor, pero no ha asegurado su obra y (si) en ese mismo año esa embarcación escora, él asumirá la culpa; el barquero desmontará esa embarcación y la reforzará a sus propias expensas; (después) devolverá la embarcación reforzada al propietario de la embarcación.

§ 236 ~ Si un señor ha alquilado su embarcación a un barquero, y (si) el barquero ha sido negligente y ha dejado hundir la embarcación o la ha destrozado, el barquero entregará una embarcación al propietario de la embarcación.

§ 237 ~ Si un señor ha alquilado (para sí) un barquero y una embarcación y la ha cargado de grano, lana, aceite, dátiles o cualquier otro flete, (si) el barquero ha sido negligente y ha dejado hundir la embarcación perdiendo su cargamento, el barquero pagará la embarcación que ha dejado hundir, así como cada cosa que del cargamento ha hecho perder.

§ 238 ~ Si un barquero ha hundido la embarcación de un señor, pero la puso (después) a flote, dará en plata la mitad de su precio.

§ 239 ~ Si un señor [ha alquilado] aun barquero, [le da]rá [seis GUR de grano] por a[ño].

§ 240 ~ Si una embarcación que va contra corriente ha chocado y hundido una embarcación que va a favor de la corriente, el propietario de la embarcación, cuya embarcación fue echada a fondo, declarará oficialmente en presencia del dios cada cosa que se hubiera perdido en su nave y el (barquero de la embarcación) que iba contra corriente (y) que ha hundido a la (embarcación) que iba a favor de la corriente, le compensará su embarcación y cada cosa que haya perdido.

§ 241 ~ Si un señor ha embargado un buey como prenda, pesará un tercio de *mina* de plata.

§ 242 ~ Si un señor ha alquilado <un buey> por un año, (como) pago del alquiler por un buey trasero (entregará a su propietario) cuatro GUR de grano.

§ 243 ~ (Como) pago del alquiler por

un buey del medio (o) de cabeza entregará a su propietario tres GUR de grano.

§ 244 ~ Si un señor ha alquilado un buey (o) un asno y (si) en el campo un león lo ha matado, (esta pérdida) será solamente para su propietario.

§ 245 ~ Si un señor ha alquilado un buey y (si) por negligencia o por los golpes le ha causado la muerte, pagará al propietario del buey un animal equivalente.

§ 246 ~ Si un señor ha alquilado un buey y (si) le ha roto una pezuña o le ha cortado el tendón de su cuello, pagará al propietario del buey un buey equivalente.

§ 247 ~ Si un señor ha alquilado un buey y (si) le ha destruido su ojo, entregará al propietario del buey la plata de la mitad de su precio.

§ 248 ~ Si un señor ha alquilado un buey y (si) le ha roto su asta, ha cortado su cola o ha dañado su tendón de la pezuña, entregará la plata del quinto de su precio.

§ 249 ~ Si un señor ha alquilado un buey y un dios le ha golpeado y muere, el señor que había alquilado el buey pronunciará el juramento por el dios y quedará en libertad.

§ 250 ~ Si un buey, al pasar por la calle, ha acorneado a un señor y le ha causado la muerte, este caso no entraña reclamación.

§ 251 ~ Si el buey de un señor es bravo y el consejo de su distrito le informa de que es bravo, pero él no ha cubierto sus astas ni ha vigilado de cerca su buey y el buey acorneó al hijo de un señor y le ha matado, dará media *mina* de plata.

§ 252 ~ [Si] (el muerto) es el esclavo de un señor, dará un tercio de *mina* de plata.

§ 253 ~ Si un señor ha alquilado a (otro) señor para ocuparse de su campo y le ha avanzado cereales, confiado bueyes (y) le ha contratado [para] cultivar el campo, si ese hombre ha robado la simiente o el pienso y se le encuentra en sus manos, se le amputará la mano.

§ 254 ~ Si se ha apropiado de cereales y (con ello) ha debilitado a los animales, devolverá [do]blado el grano que haya tomado.

§ 255 ~ Si ha dejado en alquiler los bueyes del señor o ha robado la simiente

y no ha hecho producir <grano> en el campo, lo probarán contra ese señor y en la siega medirá 60 GUR de grano por (cada) BUR.

§ 256 ~ Si ha sido incapaz de cumplir su obligación le arrastrarán a través del campo entre los bueyes.

§ 257 ~ Si un señor ha alquilado a un cultivador, le dará ocho GUR de grano por año.

§ 258 ~ Si un señor ha alquilado a un vaquero, le dará seis GUR de grano por año.

§ 259 ~ Si un señor ha robado un arado de siembra en las tierras de laboreo, dará al propietario del arado cinco siclos de plata.

§ 260 ~ Si es un arado de roturar o una grada lo robado, dará tres siclos de plata.

§ 261 ~ Si un señor ha alquilado un pastor para que apacentase ganado mayor y menor, le dará ocho GUR de grano por año.

§ 262 ~ Si un señor [ha confiado] un buey o un cor[dero] a [un pastor para...].

§ 263 ~ Si ha dejado perecer [al buey] o [al cordero] que le había sido confiado, pagará a [su] propietario buey por [buey], cordero por [cordero].

§ 264 ~ Si [un pastor] a quien le ha sido confia[do] ganado mayor] o me[nor] para apa[centar]lo, ha recibido todo su salario a (plena) satisfacción suya (y) deja que el ganado mayor disminuya (y) que disminuya (también) el ganado menor (con lo cual) ha hecho decrecer la reproducción, según los términos de su contrato deberá entregar las crías (del rebaño) y los beneficios.

§ 265 ~ Si un pastor, a quien le fue confiada la custodia de ganado, cambia la marca de las reses y, luego, las vende, pague al propietario hasta diez veces lo que haya robado en ganado.

§ 266 ~ Si en una majada el golpe de un dios se ha manifestado o un león ha matado (animales), el pastor se justificará delante del dios y (sobre) la pérdida en la majada será el propietario de la majada quien hará frente.

§ 267 ~ Si un pastor ha sido negligente y ha permitido propagarse la sarna en la majada, el pastor <asumirá> la culpa de la sarna que ha dejado

propagar en la majada (y) restituirá el ganado mayor y menor y (los) entregará a su propietario.

§ 268 ~ Si un señor ha alquilado un buey para trillar, su alquiler es de 20 QA de grano.

§ 269 ~ Si ha alquilado un asno para trillar, su alquiler es de 10 QA de grano.

§ 270 ~ Si ha alquilado un animal joven para trillar, su alquiler es de un QA de grano.

§ 271 ~ Si un señor ha alquilado bueyes, un carro y su conductor, por (cada) día dará 180 QA de grano.

§ 272 ~ Si un señor ha alquilado solamente un carro, por (cada) día dará 40 QA de grano.

§ 273 ~ Si un señor ha alquilado un peón, desde el principio del año hasta el quinto mes le dará por día 6 ŠE de plata; desde el sexto mes hasta la conclusión del año (le) dará por día 5 ŠE de plata.

§ 274 ~ Si un señor contrata un artesano, pagará por día (como) salario de un [...] cinco ŠE de p[la]ta; (como) salario de un [cord]ero cinco [ŠE de p[la]ta]; [(como) salario de] un tejedor de lino [...] ŠE de plata; [(como) salario de] un grabador de sellos [...] ŠE de plata; [(como) salario de un fa]bricante de arco(s) [...] ŠE de p[la]ta; [(como) salario] de un metalista [...] ŠE de p[la]ta; [(como) salario] de un carpintero cuatro de plata; (como) salario de un guarnicionero [...] ŠE de plata; [(como) sal]ario de un cestero [...] ŠE de plata; [(como) salario de] un constructor [...] ŠE de p[la]ta.

§ 275 ~ [Si un se]ñor ha alquilado [una (embarcación) que va a favor de la corrient]e, su alquiler será de tres ŠE de plata por día.

§ 276 ~ Si un señor ha alquilado una (embarcación) que va contra la corriente, dará por día dos ŠE y medio de plata por su alquiler.

§ 277 ~ Si un señor ha alquilado una embarcación de 60 GUR, pagará por día un sexto (de siclo) de plata por su alquiler.

§ 278 ~ Si un señor ha comprado un esclavo (o) una esclava y antes de que transcurra un mes una enfermedad se ha precipitado sobre él, lo devolverá a su vendedor y el comprador recuperará la plata que había pesado.

§ 279 ~ Si un señor ha comprado un

esclavo (o) una esclava y sobreviene después una reclamación, su vendedor deberá hacer frente a la reclamación.

§ 280 ~ Si un señor ha comprado en (un) país extranjero, un esclavo —hombre o mujer— de un particular, cuando haya llegado a su propio país y el (antiguo) propietario del esclavo —hombre o mujer— haya identificado a su (antiguo) esclavo —hombre o mujer—, si ese esclavo o esa esclava son naturales del país serán puestos en libertad sin (pesar) ninguna plata.

§ 281 ~ Si (son) naturales de otro país, el comprador declarará en presencia del dios la plata que hubiese pesado y el (antiguo) propietario del esclavo —hombre o mujer— dará al mercader la plata que éste hubiera pesado y así recobrará a su esclavo —hombre o mujer—.

§ 282 ~ Si un esclavo dice a su amo «tú no (eres) mi propietario», probada que sea la efectiva condición de esclavitud del primero, se le cortará la oreja.

111. CRÓNICA DE LA FACULTAD



Dr. Luis Vargas Fernández
Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas
y Políticas de la UCSM

A continuación se detallan algunos de los más significativos sucesos acaecidos en nuestra comunidad universitaria en el presente año.

Iniciación del Año Lectivo 2011

Por Directiva núm. 01-VRACAD-2011, del 28 de diciembre del 2010, se acordó iniciar el semestre impar del año lectivo 2011 el día 7 de marzo y, concluirlo, el 19 de julio (19 semanas). A su turno, el semestre par, comenzó el día 8 de agosto y concluirá el 20 de diciembre.

Matrícula en la Escuela de Derecho

Durante el semestre impar se matricularon en la carrera profesional 1217 alumnos, mientras que en el semestre par lo hicieron 1032.

Docentes del Programa Académico de Derecho

PROFESORES PRINCIPALES

- **LUIS IVÁN VELANDO PUERTAS**
- **RAMIRO EDUARDO DE VALDIVIA CANO** (con licencia)
- **JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE**
- **DAVID FERNANDO DONGO ORTEGA**
- **OSCAR URVIOLA HANI** (con licencia)
- **LUIS VARGAS FERNÁNDEZ**
- **HÉCTOR W. DELGADO CASTRO**
- **JULIO VIRRUETA REVILLA**
- **JORGE LUIS CÁCERES ARCE**
- **MARCO FALCONÍ PICARDO** (con licencia)
- **MAURO PARI TABOADA**
- **LUIS ALBERTO VALENZUELA VALENCIA**

PROFESORES ASOCIADOS

- **JUAN CARLOS VALDIVIA CANO**
- **BERLY GUSTAVO CANO SUÁREZ**
- **GABRIEL TORREBLANCA LAZO**
- **JOSÉ LUIS YUCRA QUISPE**
- **CÉSAR AUGUSTO FONSECA TAPIA**

- JOSÉ ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ
- JULIO ARMAZA GALDOS

PROFESORES AUXILIARES

- FERNANDO BUSTAMANTE ZEGARRA
- ANA MARÍA AMADO MENDOZA
- CARLOS ALBERTO RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
- JAMES CARLOS FERNÁNDEZ SALGUERO
- CLAUDIA CHIRINOS PACHECO DE RIVERO
- JUAN CARLOS AGRAMONTE MOSTAJO
- GUILLERMO ZAVALAGA MARIÑO

PROFESORES CONTRATADOS

- CARLOS ALBERTO NEYRA AMAT
- SAULO PERALTA FRANCIZ
- MARY LUZ CATAORA MOLINA
- GERARDO ZEGARRA FLORES
- WILLIAM FARFÁN RODRÍGUEZ
- MAURICIO MATOS ZEGARRA
- CARLOS MONTES DE OCA VALENCIA

Personal Administrativo

- Eliana del Pilar Laos Torres: Secretaria
- Dunia Rosas Lazo: Secretaria del Departamento Académico
- Samira Bejar Calderón: Secretaria de la Segunda Especialidad

Personal Administrativo del Consultorio jurídico

- José Luque Fortún: Asistente
- Martha Mestas Carpio: Secretaria

Conferencias y otras actividades académicas

• Del 25 de marzo al 7 de mayo, bajo la denominación «Jurisdicción Constitucional, Procesos Constitucionales y Jurisprudencia Constitucional», se llevó a cabo, en nuestra superior casa de estudios, el curso regional de Derecho Procesal Constitucional.

• El 5 de abril, en el auditorio Santa María, tuvo lugar el «Debate Parlamentario: Por Un Voto Responsable», en el que participaron los candidatos al Congreso Ana María Solórzano, Juan Carlos Eguren, Angélica Corso, Lurdes Mendoza, Rissy Calderón y Marco Falconí Picardo.

• El 4 de mayo debatieron los profesores José Chávez Fernández y Juan Carlos Valdivia Cano en el auditorio José Luis Bustamante y Rivero del Colegio de Abogados de Arequipa; el tema objeto de debate fue «El Matrimonio Homosexual a Debate».

• El 16 de mayo, en el auditorio William Morris, se realizó el «I Seminario de Desarrollo de las Ramas del Derecho», evento organizado por el grupo de estudios *Vocis Legis*, en el que participaron como ponentes los señores profesores Luis Vargas Fernández, Jorge Cáceres

Arce, Carlos Neyra Amat y Julio Armaza Galdos.

- Los días 13 y 14 de junio diversos funcionarios del Gobierno Regional de Arequipa y de los municipios distritales asistieron al «Taller de metodología de formulación de políticas públicas basadas en el enfoque de Derechos Humanos», llevada a cabo en nuestra superior casa de estudios.

- Del 20 al 24 de junio se desarrolló el «Primer Taller de Práctica Forense Civil Externa», organizado e implementado por los discentes del XI semestre del programa profesional de Derecho de nuestra Facultad.

- El 14 de octubre tuvo lugar el «Seminario Internacional de Derecho Penal» en el que fueron ponentes el profesor de la Universidad de Maringá (Brasil), Luiz Regis Prado; el historiador del Derecho, Carlos Ramos Núñez y el profesor Julio Armaza Galdos. Fueron panelistas, a su vez, los señores Héctor Huanca Apaza y Pablo Carrasco Del Carpio. Cabe señalar que el profesor Regis fue condecorado en la distinción de «Profesor Honorario» por nuestra superior casa de estudios en el año 2001.

- El profesor Juan Carlos Valdivia Cano, en el auditorio Juan Manuel Polar de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín, el viernes 14 de octubre presentó su libro «Quinientos años de mestizaje. Conquistados y conquistadores». Concurrieron al acto poco más de cien alumnos.

- Del 17 al 20 de octubre se realizó la «Primera Feria Vocacional UCSM 2011» en la Zona multieventos y polideportivo de la casa mariana. Como es de suponer, el evento estuvo dirigido a los estudiantes de educación secundaria de las instituciones educativas de nuestra ciudad. Se entregaron trifoliados, afiches, fotografías, y otros materiales adrede elaborados para la ocasión.

- El jueves 20 de octubre se realizó la «Conferencia Magistral: El proceso constitucional de amparo», en la que intervinieron como ponentes el magistrado del Tribunal Constitucional Gerardo Eto Cruz y el profesor Jorge Luis Cáceres Arce. La ponencia tuvo lugar en el auditorio Juan Manuel Polar de la Universidad Nacional de San Agustín.

- El Colegio de Abogados de Arequipa, viene organizando el «Congreso Internacional de Derecho Procesal. Nuevos paradigmas en el proceso civil, penal, constitucional y laboral», a desarrollarse del 26 al 29 de octubre y en el que se abordarán temas relevantes como El debido proceso, Instituciones procesales, Teoría de la prueba, Teoría de la impugnación y Oralidad en el proceso. Representarán a nuestra Facultad los señores profesores Luis Vargas Fernández, Jorge Luis Cáceres Arce y Alfredo Lovón Sánchez.

- Al conmemorarse los cincuenta años de fundación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, se viene organizando el Concurso de Investigación Jurídica «Bodas de Oro de FCJP-UCSM», el mismo que tiene por objeto promover y fomentar la investigación jurídica

en todos sus niveles, siendo uno de los premios la publicación del artículo ganador en el siguiente número de nuestra Revista. El 15 de noviembre se publicará la lista de los ganadores.

Designación de alumnos al Consejo de Facultad

- Como representantes del Tercio Estudiantil ante el Consejo de Facultad últimamente se incorporaron los señores Nathalie Tejada Meza, Andrés Zúñiga Najarro, María Morriberón Llerena y Nadia Sumari Laura.

Cursos

- Del 25 de marzo al 24 de junio se llevaron a cabo las jornadas de «Segunda Especialización en Derecho Procesal Penal. Primer Semestre 2011» en las que se trataron los temas de Introducción al NCPP —Robinson González Campos y José Arce Villafuerte—, Investigación Preparatoria —Mauro Pari Taboada—, Técnicas de Litigación Oral I —José Antonio Neyra Flores y Julio César Santa Cruz Cahuata—, Medidas Coercitivas —Jorge Luis Salas Arenas— así como Etapa Intermedia —Santiago Irigoyen—.

Asimismo, del 19 de agosto al 3 de diciembre, se vienen llevando a cabo las jornadas de «Segunda Especialización en Derecho Procesal Penal. Segundo Semestre 2011». Participan como expositores Fidel Rojas Vargas, Mauro Pari Taboada, Fernán Fernández Ceballos, Giammpol Taboada Pillco, Freddy Apaza Noblega y Jorge Luis Salas Arenas.

- Nuestros docentes fueron capacitados en el «Enfoque basado en competencias», llevado a cabo en el mes de junio. Cinco asignaturas fueron desarrolladas en la modalidad de presencial y virtual.

Publicaciones de nuestros profesores

- «Esquemas del proceso civil».

Autor: ALFREDO LOVÓN SÁNCHEZ/FREDY CUSIRRAMOS RODRIGO

Extensión: 221pp.

LPG Editores, Arequipa, 2011.

- «Del concepto psicológico al concepto normativo de culpabilidad», en el libro colectivo «Cem Anos de Reprovação. Uma contribuição transdisciplinar para a crise da culpabilidade».

Autor: JULIO ARMAZA GALDOS

Extensión: pp. 153 a 160.

Editora Revan, Rio de Janeiro, 2011.

- «Lesiones al feto, en la «Enciclopedia de Bioderecho y Bioética» que dirige el Prof. Dr. Carlos María Romeo Casabona, tomo II.

Autor: JULIO ARMAZA GALDOS

Extensión: pp. 1037 a 1040.

Editorial Comares, Granada, 2011.

- «Suspensión del cumplimiento de la pena privativa de libertad de corta duración», en «Anuario de Derecho penal 2009».

Autor: JULIO ARMAZA GALDOS

Extensión: pp. 141 a 152.

Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Universidad de Friburgo-Suiza, Lima, 2011.

- «Quinientos años de mestizaje. Conquistados y conquistadores».

Autor: JUAN CARLOS VALDIVIA CANO

Extensión: 61 pp. + colofón.

Legisprudencia.pe, Arequipa, 2011.

- «Lo que salga o La determinación culturalmente condicionada y La inimputabilidad por enajenación mental en los tiempos del Quijote».

Autor: JULIO ARMAZA GALDOS/EMILIO JOSÉ ARMAZA

Extensión: 56 pp. + colofón.

Editorial Pangea, Arequipa, 2011.

Información sobre profesores vinculados a la Facultad

- El docente Marco Falconí Picardo, fue elegido Congresista por Arequipa en las elecciones del 10 de abril. Viene ejerciendo el cargo desde el 27 de julio.

- Jorge Luis Cáceres Arce, asistió en el mes de julio a la «Semana Constitucional en el marco de la 62 Edición de los Cursos de verano de Cádiz», tras ser becado ocupando el primer lugar de los quince accesitarios de Iberoamérica, entre éstos, representantes de Colombia, Ecuador, México, El Salvador y Argentina.

- El 4 de agosto del presente, el profesor José Suárez Zanabria fue designado Presidente de la Junta Nacional de Decanos de los Colegios de Abogados del Perú.

- El 12 de agosto se realizó la ceremonia especial de premiación a los ganadores del «Premio a la Excelencia Judicial, edición 2009-2010», en el que el Presidente del Poder Judicial, César San Martín Castro, entregó un reconocimiento público en la categoría de Jueces Superiores al doctor Ramiro Bustamante Zegarra, Juez Superior Titular de la Primera Sala Civil de la Corte superior de Justicia de Arequipa. Se destacó su amplia trayectoria, capacidad en el trabajo y los valores que aplica diariamente en el desempeño de sus funciones. Además, es dable mencionar que en el Año Judicial 2008, logró el primer lugar en el ranking de producción jurisdiccional. Bustamante es ex-alumno nuestro.

- En el decurso de este año dieron a luz dos libros de capital importancia¹. El primero, unas «Lecciones de Criminología» refrendado

¹ Escritos ambos por integrantes del Comité Consultivo de nuestra Revista.

por el profesor Eugenio Raúl Zaffaroni; el segundo, la «Enciclopedia de Bioderecho y Bioética» que dirige el profesor Carlos María Romeo Casabona de la Universidad de Deusto (España).

- Los docentes Alfredo Lovón Sánchez y Luis Madariaga Condoni vienen organizando el concurso de «Simulación de informes orales», a llevarse a cabo a mediados de noviembre en las instalaciones de la Corte Superior de Justicia de Arequipa. En dicha actividad participarán alumnos tanto de nuestra Facultad como de la Universidad Nacional de San Agustín.

Sección necrológica

El 30 de agosto del presente año falleció el profesor José Butrón Fuentes (1953-2011). Sus restos fueron velados en Sub Cafae y su entierro tuvo lugar en el Cementerio Parque de la Esperanza.

IV. ALGO MÁS SOBRE NUESTROS PROFESORES



JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE

JAVIER GERMÁN RODRÍGUEZ VELARDE

El sapientísimo profesor del que nos ocuparemos, nació en Arequipa el 20 de junio del año 1944 y, como su padre, tempranamente abrazó la carrera de Derecho.

Su formación académica principió en la Escuela Normal primero y, luego, en el Colegio La Salle; los estudios universitarios, en cambio, se iniciaron y concluyeron en la Universidad Nacional de San Agustín.

Obtuvo los grados de Bachiller y la Licenciatura el año de 1969 y, en ambos casos, alcanzó la máxima de las calificaciones. Posteriormente, coronó sus aspiraciones académicas al optar el Grado de Doctor en Derecho (2004) con una Tesis sobre *Los Actos Jurídicos a Distancia otorgados en Escritura Pública Electrónica* que, también mereció reconocimiento público.

De entre las múltiples publicaciones de su autoría, destacan los libros *Contratos Bancarios Modernos*, Editorial Rotusa, Arequipa, 1994; *Contratos Bancarios Modernos*, Editorial Grijley, Lima, 1995; *Contratos Empresariales*, Editorial Jurídica Rodhas, Lima, 1998; *Contratos e Instrumentos Bancarios*, Editorial Jurídica Rodhas, Lima, 2000 y, finalmente, *Contratos e Instrumentos Bancarios*, Editorial Jurídica Rodhas, Lima, 2002.

Tras 40 años de docencia universitaria, no son pocos los que, a pesar de la distinta especialidad, reconocemos el profesionalismo del querido Maestro.

Consignemos a continuación la hoja de vida del Profesor Rodríguez.

1. Datos personales

Nombres y Apellidos: JAVIER GERMÁN RODRÍGUEZ VELARDE

Profesión: Abogado

Actividad: Notario

2. Formación académica

2.1. Estudios básicos

Primaria: 1952-1956, Escuela Normal
Secundaria: 1957-1961, Colegio La Salle

2.2. Estudios superiores

Derecho: 1962-1968, UNSA
Maestría: 1991-1992, UCSM
Doctorado: 1993-1994, UCSM
Post Grado: 2008-2010, UCSM
Segunda Especialidad: 2010-2010, UCSM

3. Formación profesional

3.1. Secretario de la Presidencia de la Corte Superior de Justicia de Arequipa (1970-1971).

3.2. Relator de la Primera Sala Civil. (1971-1973).

3.3. Juez del Segundo Juzgado de Paz Letrado (1973).

3.4. Sub Gerente del Banco del Sur del Perú (1973-1995)

3.5. Notario Público (1995 a la fecha).

4. Otras actividades profesionales

4.1. Nombramiento de notario fedatario, por el INDECOP. Labor que desempeñó los años 2000 al 2001.

4.2. Nombramiento de conciliador extrajudicial, por el Ministerio de Justicia, Registro No. 10569, el 15 de febrero del 2002.

5. Formación docente

5.1. Docente principal de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María (1971- a la fecha).

Cursos dictados: Derecho de los Contratos, Derecho de las Obligaciones, Derecho Notarial y Registral y Contratación Empresarial

5.2. Docente principal de la Escuela de Post Grado de la Universidad Católica de Santa María (1990-a la fecha).

Cursos dictados en maestrías de derecho: Derecho Civil: Acto Jurídico, Derecho Civil: Contratos, Derecho de la Empresa: Sociedad De Capitales, Derecho de la Empresa: Legislación Y Contratación Bancaria, Derecho de la Empresa: Temas Empresariales. Estas Maestrías se han dictado en Arequipa, Cusco, Puno y Tacna.

Cursos dictados en doctorados de derecho: Nuevas tendencias investigadoras en el campo del Derecho, Tesis I y Tesis II.

6. Publicaciones

6.1. Artículos jurídicos

Artículos que han sido publicados en el Diario El Pueblo de Arequipa, en las Revistas del Colegio de Abogados, de la Facultad de

Derecho de la UCSM, de la Escuela de Post Grado de la UCSM y de la Sociedad Académica de Doctores, así como en su página web: *Contratos Preparatorios, Las Arras y la Cláusula Penal, La Donación, El Contrato de Arrendamiento, Los Aumentos de Capital Social, Escisión vs. Fusión, Contrato de Agencia Mercantil, Sucesión Intestada: Trámite Notarial, Nombramiento Notarial de Herederos, Rectificación Notarial De Partidas, Los Actos Administrativos por Medios Electrónicos, El uso de medios electrónicos, La Fe Pública en la Contratación Electrónica, La Firma Digital, El Contrato de Corretaje Inmobiliario, La Fe Pública Registral, Principios de Prioridad Excluyente y de Impenetrabilidad y Juntas Generales Convocadas por Notarios.*

7. Formación investigadora

Expositor en los siguientes cursos de Postgrado y otros cursos:

7.1. Curso de Postgrado de Alta Especialización en Derecho Registral y Notarial, organizado por la Universidad Nacional de San Agustín.

7.2. Curso de Postgrado en Derecho Civil, organizado por el Colegio de Abogados de Arequipa, Agosto, 2006.

7.3. Curso de Postgrado Actualización en Derecho, organizado por el Colegio de Abogados de Arequipa.

7.4. Curso de Postgrado en Derecho Registral y Notarial, organizado por la Superintendencia Nacional de los Registros Públicos y Escuela de Postgrado de la UCSM.

7.5. Diplomado en Derecho y Empresa, organizado por la Universidad Católica San Pablo.

7.6. Primer Congreso Nacional de Derecho Civil y Procesal Civil, organizado por la Corte Superior de Justicia de Tacna y el Colegio de Abogados de Tacna, diciembre, 2008.

7.7. III Curso Especial de Derecho Notarial, organizado por el Colegio de Notarios del Cusco, la Junta de Decanos de los Colegios de Notarios del Perú y Academia Notarial Americana, julio, 2007.

7.8. Curso: Convocatoria a Juntas Generales por Notarios, organizado por el Colegio de Notarios de la Libertad, 23 de octubre del 2010.

8. Reconocimientos

8.1. Diploma y Medalla de la Cultura Jurídica, otorgado por la Municipalidad Provincial de Arequipa.

8.2. Diploma de la Sociedad Académica de Doctores de la UCSM.

8.3. Diploma del Colegio de Abogados de Arequipa, el cumplir 25 años de Abogado.

8.4. Diploma de la UCSM, al cumplir 30 años de labor como docente.

9. Discursos más importantes

9.1. Aniversario del Colegio de Abogados, 5 de abril de 1994, Auditorio del Colegio de Abogados de Arequipa. Homenaje al Dr. Toribio Pacheco Rivero: El Jurista Arequipeño del siglo XIX.

9.2. Aniversario de la UCSM, 7 diciembre de 1994, Auditorio principal de la UCSM.

9.3. Aniversario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de La UCSM, 15 de noviembre de 1996, en el Auditorio principal de la UCSM.

9.4. Aniversario de Arequipa, 14 agosto del 2001, Auditorio principal de la UCSM.

9.5. Aniversario del Colegio de Abogados de Arequipa, 2 de abril del 2003, Auditorio del Colegio de Abogados de Arequipa. Homenaje al Dr. Francisco Mostajo Miranda.

9.6. Aniversario de la Sociedad Académica de Doctores, 24 de septiembre del 2004, Auditorio principal de la UCSM

9.7. Aniversario de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la UCSM, 23 de noviembre del 2007, Auditorio Miguel Grau de la UCSM.

9.8. Aniversario de la UCSM, 8 de septiembre del 2008, Campus Central de la UCSM.

V. RECENSIONES*

* Por Manuel Alejandro Armaza y Claudia L. Flores Fuentes.

RECENSIONES

JUAN CARLOS NALVARTE LOZADA, destacadísimo alumno de nuestra facultad, acaba de dar a la estampa *El hombre de Acero* (Cascahuesos Editores), un sabroso libro de cuentos que, con seguridad, recoge buena parte de sus vivencias. Aunque tuvimos el privilegio de conocer por anticipado algunas de tales narraciones, otras nos son enteramente desconocidas. He aquí, el contenido del libro: «Otra vez», «Un día cualquiera», «Manchas», «Perdón, Varguitas», «Mi primer quince», «El espejo de mi vida», «Nunca más volveré a amar», «La venganza», «Lilith», «Amnesia», «Abominación», «Sueños mojados», «Perro de mierda», «Disturbios en la Biblioteca», «La triste historia del pobre Pepito», «*Alea iacta est*», «Un hombre de verdad», «El duende», «Bombones», «Doctor Zavala», «Cuadro de Honor», «Manual para vivir feliz» y «Cambalache».

CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *et alii*. *Enciclopedia de Bioderecho y Bioética*, Editorial Comares, Granada, 2011. En dos extensos volúmenes apareció, por fin, la magnífica obra que, como coautor y Director, monitoreó el admirado profesor Romeo y su equipo de investigadores de la Cátedra Interuniversitaria de la Universidad de Deusto. Entre las 1745 páginas que integran la utilísima Enciclopedia, figuran voces y autores multidisciplinares. En el volumen primero han tenido entrada las instituciones y/o temas que tienen que ver con voces alfabéticamente ordenadas que van de la letra «A» a la «H»; en el segundo, de la «I» a la «Z». De los más de doscientos científicos, filósofos y juristas que intervinieron mencionemos, al azar, diez: Manuel Atienza Rodríguez, Ricardo de Ángel Yáguez, Luis

Gracia Martín, Juan Ramón Lacadena Calero, Francisco Muñoz Conde, Javier Sádaba Garay, Jaime Peris Riera, Hernán Hormazábal Malarée, Emilio José Armaza y, Marcelo Palacios Alonso, Presidente del Comité Científico de la Sociedad Internacional de Bioética.

Los temas que comprende la obra, van desde el *Aborto* a la *Zoonosis* y, en el intersticio, se ocupan los autores del *ADN*, los *Alimentos transgénicos*, el *Análisis genético*, los *Animales*, las *Armas biológicas*, los *Biobancos*, el *Bioderecho en Latinoamérica*, la *Biología molecular*, la *Clonación*, el *Cribado genético*, el *Derecho a la intimidad*, el *Derecho a morir*, la *Distanasia*, el *Embrión*, la *Especie humana*, la *Experimentación con animales*, la *Fecundación postmortem*, la *Genética forense*, los *Híbridos y quimeras*, la *Imputabilidad*, la *Ingeniería genética*, el *Medio ambiente*, la *Medicina deportiva*, las *Minorías étnicas*, el *Multiculturalismo*, la *Nanotecnología*, las *Patentes biológicas*, el *Proyecto genoma humano*, la *Selección de sexo*, los *Tejidos humanos*, la *Telemedicina*, la *Terapia prenatal*, etc.

JOSÉ HURTADO POZO, *et alii*. Bajo la Dirección del profesor Hurtado, Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Friburgo, se ha publicado *La reforma del derecho penal y del derecho procesal penal en el Perú* (Fondo Editorial de la pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2011, un volumen de 485 pp.) en el que participaron Laura Zúñiga Rodríguez (Salamanca), Fernando Velásquez Velásquez (Bogotá-Colombia), César San Martín Castro, Pablo Sánchez Velarde, María Lourdes Ramírez Torrado (Colombia), Hugo Príncipe Trujillo, Víctor Prado Salda-

rriaga, Fidel Llamacponcca, Percy García Cavero (Piura), Francisco Castillo González (Costa Rica), José Antonio Caro John, Julio Armaza Galdos (Arequipa) y Emilio José Armaza (Bilbao).

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI. *La palabra de los muertos. Conferencias de Criminología Cautelar*. Esta obra fundamental, que por gentileza del autor conocimos anticipadamente, contiene un análisis vigoroso y original de la Criminología; su lectura y estudio, deben ser emprendidos con urgencia.

La obra, por cierto esperada, se presentó a principios de mayo en Buenos Aires.

LUIS ALFARO VALVERDE *La indemnización en la separación de hecho*, Gaceta Jurídica, Lima, 2011. Este libro desarrolla los problemas y críticas que aún perviven tras la dación del Tercer Pleno Casatorio de la Corte Suprema en marzo del 2011. Se divide la obra en siete capítulos y, tal como advirtiera el Prólo-

go bajo la pluma de LEYSER LEÓN HILARIO, el tema de la indemnización desde su incorporación en el 2001, viene siendo considerada como uno de los aspectos más controvertidos en torno al Derecho de Familia. Así, se establece que el artículo 345-A no contempla una hipótesis de responsabilidad civil, por cuanto la finalidad de esta institución no es resarcitoria, sino solidaria, y es esta última la que justifica la «compensación» al cónyuge perjudicado —que no culpable, al estar frente a un divorcio remedio—.

No menos importante es el aporte en cuanto a la distinción terminológica entre «resarcimiento» e «indemnización» (Capítulo IV), así como la oportuna mención de la jurisprudencia contradictoria sobre este particular, sin olvidar, eso sí, la doctrina y legislación comparada. Así, es claro que el Tercer Pleno Casatorio ha dado nuevas posiciones para el debate en torno al ya variopinto tema de la indemnización.

**VI. NOTICIAS SOBRE EL FORO
Y ALGUNOS OTROS DATOS**

El Foro arequipeño

- El 2 de diciembre del 2010 fue elegido Presidente de la Corte Superior de Justicia de Arequipa para el período 2011-2012 el ex alumno mariano Dr. JORGE LUIS SALAS ARENAS, tras su triunfo en segunda vuelta con 17 votos a favor.

En esta reunión, los integrantes de la Sala Plena eligieron también al Jefe de la Oficina Distrital de Control de la Magistratura (ODECMA) para el período 2011-2012, cargo al que postularon los Jueces Superiores Nimer Marroquín Mogrovejo y Carlo Magno Cornejo Palomino, ganando el primero de éstos en segunda vuelta con 16 votos a favor.

- Desde el mes de febrero la Corte Superior de Justicia ha puesto en marcha el Proyecto «Parques de la amistad», invitando a las municipalidades distritales y provinciales a sembrar árboles en su jurisdicción, y que éstos sean apadrinados por los representantes de diversas instituciones, a fin de promover la cultura medio ambiental. A la fecha, se ha concretado este proyecto con las municipalidades de Hunter, Mariano Melgar y Sachaca.

- En el marco de las actividades programadas por el Día Internacional de la mujer, el 9 de marzo se inauguró en la Corte Superior de Justicia el lactario, servicio regulado por el Decreto Supremo núm. 9-2006-MIMDES. Este ambiente fue reimplementado por el Área de Bienestar Social con el apoyo del Comité de Damas de la CSJAR que preside la Dra. DOLLY MANRIQUE DE SALAS y está ubicado en el cuarto piso del edificio del Nuevo Código Procesal Penal, a donde se tiene acceso fácil mediante ascensores y escaleras.

El 9 de mayo el Presidente de la Corte participó conjuntamente con el Observatorio de Prisiones Arequipa OPA, en el conversatorio dirigido a realizar un diagnóstico a través del proyecto «Niñez sin Rejas» auspiciado por la Oficina Internacional Católica de la Infancia Bice-Bruselas y la Red de Voluntades Unidas, para conocer en qué condiciones de salud, económicas, educativas y de infraestructura se encuentran los niños y adolescentes albergados en estos centros de atención que en la mayoría de los casos funcionan como obras benéficas. Este evento congregó la participación de los jueces y fiscales de Familia, la Defensoría del Pueblo, Defensorías Municipales, Redes de Voluntades Unidas y el Centro Juvenil Alfonso Ugarte.

- El 12 de mayo salió al aire el programa televisivo de la CSJAR «Justicia en Acción», el cual viene difundándose todos los jueves a las 21:00 horas por la señal de TV Unsa y canal 42 vía cable, gracias a un convenio de cooperación interinstitucional realizado con la Universidad Nacional de San Agustín. Dicho espacio tiene como finalidad difundir el quehacer del Poder Judicial, así como el formar una cultura jurídica en la población arequipeña.

- La segunda semana de mayo visitó nuestra ciudad el Presidente del Poder Judicial, CÉSAR SAN MARTÍN CASTRO, quien sostuvo reuniones con magistrados y autoridades regionales con quienes trató temas relacionados con el apoyo que requiere el sistema de justicia. Así también, asistió a la ceremonia de otorgamiento de Medalla y Diploma de la Cultura de la Municipalidad Provincial de Arequipa al Dr. GORKI GONZALES MANTILLA, integrante del Gabinete

de Asesores de la Corte Suprema de la República. El evento se realizó en el auditorio Álvaro Chocano Marina de la Corte.

Asimismo, el Presidente de la Corte, JORGE LUIS SALAS ARENAS, convocó a Sala Plena Extraordinaria a fin de exponer el informe del primer cuatrimestre de su gestión y entregar un proyecto trascendente acerca de la instalación de un Juzgado Unipersonal donde funcione el sistema de «estenotipia» que permitirá la transcripción de actas a la velocidad de la palabra, lo cual permitirá concretar el principio de celeridad procesal.

- A mediados de julio la Corte Superior lanzó la Campaña «Valores en acción», editando un CD que, en palabras del Presidente JORGE LUIS SALAS ARENAS «contribuirá a mejorar la convivencia de la humanidad con el acrecentamiento de los conceptos básicos sobre cultura de paz»¹.

- Tras la visita a la Corte de los señores congresistas electos por nuestra ciudad, ANA MARÍA SOLÓRZANO, JUAN CAR-

¹ JORGE LUIS SALAS ARENAS, en *Gaceta Judicial*, Corte Superior de Justicia de Arequipa, núm. 3, octubre, 2001, p. 6.

LOS EGUREN, THOMÁS ZAMUDIO y GUSTAVO RONDÓN, Presidencia les hizo entrega de un anteproyecto de ley para separar de sus cargos a alcaldes, regidores, presidentes, vicepresidentes y consejeros regionales que sean descubiertos en flagrantes actos de corrupción.

- El Presidente de la Corte de Arequipa suscribió el 24 de agosto un acuerdo con las autoridades de la Ciudad Blanca, a fin de asumir el compromiso para consolidar recursos económicos y apoyar a los albergues, promoviendo la creación de un «Patronato». El objetivo de esta convocatoria es, a decir del Presidente, «recuperar a los niños que se encuentran en abandono, brindarles buenas condiciones en los albergues y reintegrarlos en la sociedad, a fin de evitar que se refugien en las drogas o bandas delincuenciales».

- A mediados del mes de septiembre la Corte Superior inauguró su «Museo Institucional» con la colaboración de ex magistrados, artistas y al legajo documental que posee este distrito judicial, el mismo está a disposición de la comunidad general.

VII. MISCELÁNEA

No resulta sencillo entender porqué, de un tiempo a esta parte, se ha venido otorgando alguna importancia a la sección Miscelánea de nuestro órgano de difusión institucional. Lo cierto es que, en el presente número, van de la mano dos documentos de subido interés y, un tercero, que prueba el caracoleo cerebral de su autor.

En efecto, encarna el primero en la casi desconocida pieza que en su momento escribió MIGUEL DE CERVANTES para dirigirse al poderoso hijo de Carlos V solicitando autorización para venir al Nuevo Mundo; el segundo, en cambio, corresponde a la pluma de ANDRÉS TRAPIELLO, heredero de los Cervantes, de los García Lorca y de los Unamuno. El tercer documento, sin duda, testimonia el suicidio literario de un penalista fracasado. Orna y ultima la sección, en fin, el trabajo artístico de MARCO ANTONIO PANCA NINA que muestra a Trapiello junto al *Canto de las musas arequipeñas* de Alonso Picado y, a su vez, junto a las *Odas mistianas* de Diego Martínez de Rivera (ambos libros, por cierto, ficticios).

CARTA CURSADA POR MIGUEL DE CERVANTES SAAVEDRA A FELIPE II

El documento transcrito a continuación, tomado del *Cervantes*, de RICARDO ROJAS (Editorial Losada, Buenos Aires, 1948), contiene la carta dirigida por el Príncipe de los Ingenios a Felipe II en la que solicita un empleo en América. Puesto que la petición se suscribió el año de 1590, es decir mucho antes de redactarse la Primera Parte del *Quijote*, cabe ensayar la ucronía siguiente: de haber pasado Cervantes al Nuevo Mundo, acaso para encontrarse con los poetas arequipeños Diego Martínez de Rivera y Alonso Picado¹, don Quijote y Sancho no hubiesen trajinado por los Campos de Montiel; sus aventuras y desventuras, más bien, pudieron haber ocurrido en la campaña mistiana, aquende y allende la *chimba*, entre loncos y coreadoras. Dulcinea, por su parte, pudo haber tenido como patria chica Vítor o Sachaca y, seguramente, el oficio de camarónera. Los molinos de viento, entonces como ahora ubicados en Sabandía, habrían inspirado al vate para elaborar el capítulo VIII de la Primera Parte de su inmortal obra. Como fuere, el documento en cita, reza así:

«Señor: Miguel de Cervantes Saavedra, que ha servido a V. Magestad muchos años en las jornadas de mar y tierra que se han ofrecido de veinte y dos años a esta parte, particularmente en la Batalla naval, donde le dieron muchas heridas, de las cuales perdió una mano de un arcabuzazo, y al año siguiente fue a Navarino, y después a la de Tunes y a la Goleta; y viniendo a esta corte con cartas del Sr. D. Joan y del Duque de Sessa, para que V. M. le hiciese merced, fue cautivo en la galera del Sol, él y un hermano suyo, que también ha servido a V. Magestad en las mismas jornadas, y fueron llevados a Argel, donde gastaron el patrimonio que tenían en rescatarse, y toda la hacienda de sus padres y las dotes de dos hermanas doncellas que tenía, las cuales quedaron pobres por rescatar

¹ A quienes cita en el *Canto de Calíope* con el que enriqueció su *Galatea*. Ninguno de ambos poetas, empero, nació en Arequipa; uno y otro, eso sí, fallecieron al pié del Misti.

a sus hermanos; y después de libertados fueron a servir a V. M. en el reyno de Portugal y a las Terceras con el Marqués de Santa Cruz, y ahora al presente están sirviendo y sirven a V. Magestad el uno de ellos en Flandes, de alférez, y el Miguel de Cervantes fue el que trajo las cartas y avisos del alcaide de Mostogán y fué a Orán por orden de V. M.; y después ha asistido sirviendo en Sevilla en negocios de la armada por orden de Antonio Guevara, como consta por las informaciones que tiene, y en todo este tiempo no se le ha hecho merced ninguna.

Pide y suplica humildemente, cuanto puede, a V. M: sea servido de hacerle merced de un ofico en las Indias de los tres o cuatro que al presente están vacos, que es el uno en la contaduría del Nuevo rino de Granada, o la gobernación de la provincia de Soconusco en Guatemala, o contador de las galeras de Cartajena, o corregidor de la ciudad de La Paz; que con cualquiera de estos oficios que V. Magestad le haga merced la recibiría; porque es hombre hábil y suficiente y benemérito para que V. M. le haga merced; porque su deseo es continuar siempre en el servicio de V. Magestad y acabar su vida como lo han hecho sus antepasados, que en ello recibirá muy gran bien y merced».

Felipe II, despachó el documento al Consejo de Indias y en junio de 1590, le fue notificada una escueta negativa: «Busque por acá en qué se le haga merced».

DE LA MANO
A César Vallejo

Por ANDRÉS TRAPIELLO*

Viene conmigo aquí mi muerte, y sé
que no debiera haberme acompañado,
que se debe dejar la muerte en casa,
que a la vida se viene ya enterrado.

Pero he de decir: mi defunción
es huérfana de padre y madre y más,
y por nada del mundo la quisiera
en las calles errando, eso jamás,
asustando los burgos con su sombra
y su fiero silencio sobrehumano.

A nadie le hace mal que me acompañe
este sueño tan niño de la mano.

* El laureado escritor español ANDRÉS TRAPIELLO ha preparado, para la edición de nuestra Revista, el poema «De la mano», dedicado a nuestro Vallejo.

A juicio nuestro, es TRAPIELLO uno de los más sensibles poetas del presente; como novelista y ensayista, a su vez, ocupa un lugar destacadísimo.

Sentimientos de gratitud sincera —por sumarse al cincuentenario de la Facultad—, debemos al autor de «Al morir don Quijote».

LA INIMPUTABILIDAD POR ENAJENACIÓN MENTAL EN LOS TIEMPOS DEL QUIJOTE

JULIO ARMAZA GALDOS

Son dos los episodios que de la obra del divino Cervantes ha de analizarse para poder ver, en ocasión como la presente, y, en el limitado tiempo de que disponemos, las implicancias jurídicas de los mismos.

El primero de tales episodios (Primera Parte, cap. III) ocurrió en un modestísimo mesón o venta que Azorín, aunque en ruinas, todavía alcanzó a conocer.¹ Llegó allí don Quijote con el designio de ser armado caballero por el ventero, a quién, equivocadamente, tuvo por principalísimo administrador del que también erróneamente imaginó castillo. A la puerta del miserable albergue, encontró el espigado hidalgo a dos mozas del partido; iban las tales acompañando a unos arrieros a Sevilla. Ir a Sevilla con los acemileros, empero, sólo pudo haber significado: o que los muleros las habían tomado como compañeras temporales o, por el contrario, que las mozas se servían de ellos para que las protegiesen durante el viaje.² Ahora bien, si eran mozas del partido, como expresamente lo señala el Príncipe de los Ingenios, es claro que las sobredichas mujeres pertenecían a la más ínfima categoría de entre las que, por decirlo así, se dedicaban al mundo del meretricio, pues hoy se sabe que ha-

¹ *La ruta de Don Quijote*, Editorial Losada, Buenos Aires, 1970, pp. 67 ss.

² Tal vez por querer instalase en el «Compás» o en la «Resolana», dos de las mancebías sevillanas más famosas. Al tiempo en que Cervantes concluía la Primera Parte del Quijote, el arzobispo de Sevilla (Pedro de Castro) mandó colocar frente al «Compás» un crucifijo, pues de ese modo deseaba ahuyentar a sus feligreses del comercio carnal. De Castro, finalmente logró conseguir que el serrallo no abriese sus puertas los días dedicados al culto y que no atendiese en ella mujer alguna llamada María, cfr. JOSÉ DELEITO Y PIÑUELA, *La mala vida en la España de Felipe IV*, Alianza Editorial, Madrid, 1987, p. 57.

Incluso es probable que las mozas intentasen llegar, vía Sevilla y el Guadalquivir, al Puerto Sanlúcar de Barrameda y, de allí, al Nuevo Mundo.

cia 1600, las sacerdotisas de Venus estaban jerarquizadas del modo siguiente: las de mayor prestigio recibían las denominaciones de mancebas, cortesanas u horizontales³; las otras, es decir las peor tratadas y despreciadas, eran las rameras, llamadas también cantoneras, busconas, izas, colipoterras, rabizas, hurgamanderas, golfas, mulas de alquiler, marañas, engüeradas, tributos, sirenas de respigón y mozas del partido⁴; todas ellas, por su cuenta y riesgo, desempeñaban el oficio. Como fuere, el desquiciado Alonso Quijano vio en las mozas dos principales doncellas y, como a tales, las trató.⁵

Ya dentro del imaginado castillo, por sugerencia del ventero, colocó don Quijote sus armas junto al pozo y, presto, dio inicio a uno de los actos más solemnes en los que previa y necesariamente debe participar todo valeroso hidalgo si desea pertenecer a la legión de los caballeros andantes y que se sintetiza, sin lugar a dudas, en el hecho de velar sus pertrechos. Mas en circunstancias en que don Quijote velaba los suyos, un arriero quiso dar agua a sus mulas y como precisaba retirar de allí el escudo adarga, la espada, el morrión, la lanza y la demás quincalla devotamente velados, fue ásperamente advertido por el vesánico manchego: «¡Oh tú, quienquiera que seas, atrevido caballero, que llegas a tocar las armas del más valeroso andante que jamás se ciñó espada! Mira lo que haces, y no las toques, si no quieres dejar la vida en pago de tu atrevimiento». Puesto que el acemilero jamás imaginó que la locura del aspirante a caballero fuese tan profunda, poca importancia otorgó a tales palabras y, desembarazadamente, lanzó los aperos defensivos y ofensivos lejos del hontanar; el enjuto hidalgo, que ya para entonces tenía el cerebro completamente barrenado por el microbio de la locura, creyó altamente agresiva la actitud del infortunado mulero y con un mandoble de su lanza, lo derribó. Los colegas del maltrecho arriero, que eran muchos y que presenciaron el espectáculo, inmediatamente comenzaron a lanzar piedras contra el orate y, de no interceder a su favor el ventero, probablemente lo habrían matado.

Reviste la escena, según se verá, interés superlativo para el Derecho Penal. La monomanía de don Quijote, los ataques que desplegó y las agresiones de las que fue objeto, atañen a lo que en dogmática jurídico penal se denomina, respectivamente, inimputabilidad, defensa putativa y estado de necesidad defensivo.

Otro episodio (Primera Parte, cap. XV) que encierra significativa riqueza expresiva y, a su vez, que delata la enorme sensibilidad del caballero de la Triste Figura, es el que sucedió en circunstancias en que él y Sancho, internándose en un paraje repleto de vida silvestre

³ Según RICARDO PALMA, horizontal era una meretrices «de gran tono», cfr. *Pa-peletas Lexicográficas*, Universidad de San Martín de Porres, Lima, 2003, p. 139.

⁴ Tal ocupación ejercían en Arequipa las llamadas bataclanas, cfr. JUAN GUILLERMO CARPIO MUÑOZ, *Diccionario de arequipeñismos*, tomo I, sin pie de imprenta, Arequipa, 1999, p. 76.

⁵ Pudo estar rematado mentalmente; sus principios morales, en cambio, son dignos de ser imitados aún hoy.

y asaz arbolado, toparon con poco más de veinte yangüeses. El caso es que el caballero y su escudero, sentáronse en la yerba a merendar, dejando a Rocinante en pleno goce de su libre arbitrio; el famélico animal, tal vez por ser noche de luna llena y tener alborotada la sangre o, como se dice, acelerado el corazón, se aproximó a unas potrancas de los arrieros e intentó aparearse con ellas. En un santiamén los yangüeses, que debieron ser algo atrabiliarios, molieron a palos al encendido Rocinante. Don Quijote, que salió en defensa de su jamelgo, corrió parecida suerte.⁶

Interesa a la ciencia penal el suceso acabado de describir, ya porque se vincula a la tortura contra los animales de la que da puntual cuenta uno de los artículos del Código penal ya, en fin, porque da pábulo a una discusión mucho más enriquecedora que tiene que ver con la legítima defensa de los animales, incluso cuando es emprendida contra el humano que intenta aporrearlos, importando poco, para el efecto, si es o no propietario de los mismos.

En el orden descrito, analicemos primero la locura de don Quijote. Indicadores seguros de la enajenación mental del esmirriado caballero andante o, mejor aún, síntomas de la misma, son las ilusiones, las alucinaciones y la erotomanía a las que se halló fatalmente aherrojado. Puesto que la ilusión tiene una base real, ilusionaba don Quijote cuando tomaba a los molinos de viento por gigantes y, cuando en un acto inesperado, los atacó; hizo lo propio al momento de acometer a una manada de ovejas que, su mente enferma, hizo tomar por un nutrido ejército hostil. Las alucinaciones de este loco bueno, en cambio, se iniciaron al tiempo en que leyendo alguno de sus tantos libros de caballeros andantes, según refiere Quiteria Romero, el ama, repentinamente lo lanzó lejos de sí para coger su mohosa espada y proceder a dar golpes contra las paredes, convencido, eso sí, de haber derrotado a varios de los descomunales gigantes que, sus envidiosos rivales, pertinaz y solícitamente le enviaban. Ha de advertirse, por lo pronto, que la alucinación de que fue objeto Alonso Quijano, carecía de base fáctica o real, siendo, en rigor, una simple *visio in mens apparens*.⁷

La erotomanía de nuestro personaje, por último, se evidencia a lo largo de la extensa novela, ora por tener fija la idea de hacer todo cuanto hacía por y para Dulcinea, ora por suponer poco probable que existiese en el mundo mujer que se le resistiera, pues todas, muy a su pesar, se enamoraban de él; lo cual, por cierto, le era sumamente incómodo y mortificante, ya que teniendo enteramente empeñado el corazón a la sin par Dulcinea del Toboso, no concebía poder faltarle siquiera con el pensamiento. Un pasaje sumamente esclarecedor, es aquel en el que se ve y escucha a don Quijote en el mismísimo instante en que es sorprendido por Cervantes diciendo: «!Qué tengo

⁶ Siendo apedreado.

⁷ Los estudiosos de la mente y de las enfermedades de la misma, con razón, distinguen la alucinación de la mera ilusión o delusión.

de ser tan desdichado andante, que no ha de haber doncella que me mire, que de mí no se enamore;» (Primera Parte, cap. XVI y Segunda Parte, cap. XLIV). A lo dicho, bien puede añadirse el sobrecogedor impulso que tenía por escribir cartas de amor, como en efecto lo hizo la ocasión en que encomendó a Sancho portar una misiva a su queridísima Dulcinea. Sabido es que cuando no puede el sujeto resistirse al prurito de enviar cartas de contenido amoroso, puede sin más decirse que está sojuzgado por la erotografomanía.⁸

Los alienistas de los siglos XVI, XVII y XVIII⁹ establecieron requisitos mínimos para considerar a una persona disparatada; a la luz de los mismos, veamos si la sintomatología que acusaba don Quijote daba para tanto. François Boissier de Sauvages, autor de una «Nosología metódica» que apareció en 1763, reputa propios de la vesania los delirios que nublan el juicio entre los que figuran la demonomanía y la manía y las alucinaciones. Adoleciendo el caballero de la Triste Figura de ambos síntomas, encaja perfectamente en el concepto de enajenación mental con el que trabajó el influyente Boissier. Una enfermedad mental patética, para Carl von Linneo, es la erotomanía; lo es también, para este mismo autor, aquella que nos hace ver visiones y que, sin propiedad, denomina locura imaginativa. A juicio de Linneo, por lo tanto, bien pudo don Quijote pertenecer a la clase de personas que la ciencia dieciochesca reputaba enloquecidas. El excéntrico Paracelso,¹⁰ por su parte, construyó una clasificación de la locura harto ingeniosa: los «Lunatici», sostenía, deben su enfermedad a las fases o movimientos lunares; los «Insani», al legado genético; los «Vesani», al abuso de bebidas alcohólicas y a la mala alimentación, y, los «Melancholici», a desarreglos de naturaleza interna. Leer de claro en claro y de turbio en turbio; la insuficiente alimentación y alguna otra predisposición, acaso hicieron de don Quijote un vesánico melancólico.

Diagnosticado el mal, veamos qué tratamiento hubiese recibido de haber sido encerrado por los continuos disparates en que incurría; con tal propósito, adviértase que en la época en que salió don Quijote en busca de hazañas, el hospital de Valencia estaba a punto de cumplir doscientos años de fundación, seguido a corta distancia

⁸ Súmese a tal extravío o aberración la conocida como dromomanía, misma que puede ser centrífuga o centrípeta. En la primera, anhela incontrolablemente la persona alejarse del hogar, valiéndose para ello de incansables, reiterativos e interminables viajes; en la segunda, más bien desea retornar. La personalidad de don Quijote, inequívocamente, guarda correspondencia con la primera.

⁹ El apogeo de la Psiquiatría comenzará recién a principios del XIX con Philippe Pinel, Dominique Esquirol, Benedict Morel y Jean Martín Charcot. Los cultores de esta rama de la Medicina, poco a poco dejarán de ser llamados alienistas.

¹⁰ Lo era en sumo grado. No contento con echar al fuego las obras de Galeno, aseguró haber encontrado el elixir de la vida eterna por medio de un bálsamo compuesto de mercurio, sulfuro y sal y la fórmula para crear oro. Como en su época se difundieron ampliamente las obras del romano Celso, decidió cambiarse el nombre que sus padres le asignaron Teofrasto Bombest von Hohenheim por el de Paracelso (mejor que Celso).

de los centros de salud de Zaragoza (1425), Sevilla (1436), Toledo (1483) y Valladolid (1489). Con todo, a principios del siglo XVII, en que vemos al espigado caballero cruzar los campos de Montiel, no era siempre la locura vista como una enfermedad y a quien la padecía, simplemente se lo encerraba.¹¹ Hay información documentada, sin embargo, que prueba que las enfermedades de la mente eran tratadas o por el flebotomo o por el barbero, quienes sin consideración alguna, abrían las venas de la cabeza del paciente incluso varias veces al día.¹² No era ajena a la curación, de otro lado, el clister o enema; se sabe, por ejemplo, que Luis XIII de Francia tuvo que soportar 212 lavativas sólo durante un año. Usualmente, además, se echaba mano de la triaca, proporcionando al paciente un remedio compuesto por 57 ingredientes, no todos ellos, eso sí, virtuosos o curativos sino, más bien, de sospechosa procedencia; sin contar con la posibilidad de arrojar al pobre orate a una tinaja con anguilas vivas a fin de procurarle dosis intermitentes de electricidad faradización¹³ o, en su caso, trepanándole el cráneo.¹⁴ Poco llama la atención, empero, que a principios del Seiscientos se tratase tan empíricamente dicha enfermedad en la Península Ibérica, pues en Lima, ya bien entrado el referido siglo (1660), Juan de Figueroa publicó una curiosa y extensa obra médica bajo el título siguiente: «Opúsculo de astrología en medicina, y de los términos, y partes de la Astronomía necesarias para el uso de ella»; sugería Figueroa que atendiesen los médicos a la ubicación de los astros, pues de ello dependía el éxito del diagnóstico e, incluso, el de las curaciones. Cuando domina Tauro, sostenía enfáticamente Figueroa, vienen intensas cefaleas, con Cáncer predomina la sífilis, con Escorpión los reumatismos, con Aries, Virgo, Capricornio y Piscis, respectivamente, la tisis, los tumores en el vientre, la ictericia y la hidropesía.¹⁵ Hay documentos que prueban que en nuestro país, durante el siglo XVIII, era la locura tratada colocándose un huevo asado en la nuca del orate, por medio de la triaca y cubriendo el estómago del demente con una gallina abierta,

¹¹ La mulata Ana María Pérez (alias *Platera*), el año 1625, recibió 200 azotes y cinco años de encierro por haber nacido con el circuito neuronal mal instalado. Desatinadamente, por ejemplo, sostenía la idea de que desde su etapa embrionaria sabía y olía a santidad, cfr. HERMILIO VALDIZÁN, *Locos de la Colonia*, Instituto Nacional de Cultura, Lima, 1988, pp. 17 ss.

¹² Cfr. ROY PORTER, *Breve historia de la locura*, Fondo de Cultura Económica, México, 2003, p. 49: «procedimiento flebotomía o venesección que habría de tener una larga historia como último recurso profiláctico y terapéutico en los asilos para locos».

¹³ Estimaba debía tratarse la locura de ese modo JOHANN CHRISTIAN REIL, autor de unas *Rapsodias sobre el uso de los métodos de tratamiento psicológico en los ataques mentales* que salieron a luz el año de 1803.

¹⁴ Sobre la trepanación y la locura en la Europa moderna, cfr. EIKE WINKLER/JOSEF SCHWEIKHARDT, *El conocimiento del hombre. Expedición por la antropología*, Editorial Planeta, Barcelona, 1985, p. 151.

¹⁵ Cfr. JUAN B. LASTRES, *Historia de la Medicina*, volumen II, Imprenta Santa María, Lima, 1951, p. 227 y RICARDO PALMA, *Tradiciones Peruanas*, tomo V, Enrique Cappelletti, Representaciones Editoriales, Lima, 1983, pp. 30 ss, Gravita en Figueroa, sin duda, el pensamiento de Paracelso.

procurando envolver, con las entrañas del ave, la zona abdominal del paciente.¹⁶ Mantener secuestrado a don Quijote en un centro hospitalario de la atrasadísima España de principios de mil seiscientos, con seguridad, le habría significado la muerte.

Todo indica que entre 1596 y 1614, tiempo éste en el que el *Homo demens* manchego realizó sus dos primeras salidas, España se vio sumida en una de las más profundas crisis y que debido a la peste bubónica y a la guerra contra los moros, fallecieron casi 700.000 personas.¹⁷ Es difícil suponer, en esas circunstancias, que las autoridades hospitalarias hubiesen reparado en un pobre orate y menos, que al reparar en él, se interesasen por curarlo.

Lo que ineluctablemente tuvo que pasar, aunque felizmente no ocurrió, pues murió don Quijote cuerdo y a tiempo, es que acabase con sus huesos en un calabozo, junto a los más arteros timadores, ladrones y asesinos y, por qué no, junto a leprosos, blasfemos, agoreros, sifilíticos, ateos, desenfrenados sexuales, vagos y brujas.¹⁸ Roboran nuestra aseveración dos hechos debidamente documentados: en la época en que se sucedieron las aventuras y desventuras del sumo de los caballeros andantes españoles, la monarquía absoluta había confiscado la moral de los pueblos; la virtud y los vicios, por ende, no eran asunto privado sino, público. Los locos, las brujas y los blasfemos, tenían la condición de seres endemoniados a los que convenía y debía combatirse y qué mejor si se lo hacía a través de la hoguera o el encarcelamiento.¹⁹ Existe abundante información escrita, de otro lado, que testimonia la instalación de socavones y mazmorras administradas por las autoridades de estas sociedades no precisamente abiertas y a quienes se encomendó la utilización del látigo, las argollas y la disminución de la ración alimentaria que, ordinariamente, debían recibir los infelices presos.

El ingreso de un vesánico a la cárcel, eso sí, debió llevarse a cabo por orden policial o a través de un proceso penal;²⁰ de abrirse proce-

¹⁶ Repitiendo la operación una y otra vez, hasta alcanzar la curación definitiva, cfr. HERMILIO VALDIZÁN/ANGEL MALDONADO, *Medicina Popular Peruana*, tomo III, p. 238.

¹⁷ Sobre ello cfr. JOHN LYNCH, *Los Austrias (1516-1700)*, Crítica, Barcelona, 2009, p. 418.

¹⁸ A principios del siglo XIX, Valentín Tadeo de Foronda, en España, demandaba la detención policial de holgazanes, mendigos, alquimistas, curanderos, jugadores de naipes, vendedores de hierbas mágicas, zahoríes y gitanos quirománticos. Sobre ello cfr. MANUEL DE RIVACOBÁ, *Un discípulo español de Beccaria, desconocido en España*, Revista de Derecho Penal y Criminología, Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, Madrid, núm. 6, 1996, pp. 953 a 1068.

¹⁹ Ángela de Olivitos y Esquivel, que aseguró ser visitada por los serafines con lo cual queda claro que padecía esquizofrenia, fue encarcelada, en Lima, durante cinco años. Cfr. HERMILIO VALDIZÁN, ob. cit., p. 19. Siendo los serafines los ángeles de mayor jerarquía (pues bajo ellos están los llamados querubines, tronos, dominaciones, virtudes, potestades, principados y arcángeles), debieron ser altamente ofensivas las aseveraciones de la Olivitos.

²⁰ Sobre el encierro de los locos peligrosos cfr. *El Diccionario Filosófico de Voltaire* reproducido en *Obras Selectas*, Librería El Ateneo Editorial, Buenos Aires, 1958, pp. 427 y 428.

so, tenía el mismo las características siguientes: la acción era pública, no siendo necesaria, por ende, la presentación de querrela alguna; se fomentaba la delación; era posible interrogar al reo por medio de preguntas capciosas; se admitía la presencia de testigos de cargo que no habían alcanzado la mayoría de edad e, incluso, si tenían la condición de imbéciles o locos; era posible condenar por indicios, reputándose a la confesión como la reina de las pruebas y, para materializarla, podía torturarse al encartado; se administraba justicia en privado; no existían reglas fijas para tramitarse la causa y quedaba en manos del juez ordenar o regular el proceso; los detenidos llevaban cadenas y eran encerrados en calabozos oscuros y, finalmente, no se hacía de conocimiento de los procesados las identidades de los acusadores y, menos, las de los testigos que los incriminaban permaneciendo, muchas veces, incomunicados.²¹ Añádase a ello la vieja costumbre de exigir derechos de carcelaje y, además, el no permitir *habeas corpus* frente a detenciones arbitrarias.

Lo cierto es que el proceso penal, en el periodo de la monarquía absoluta española, se iniciaba de tres formas: por acusación, por denuncia o, finalmente, por pesquisa. En el primer caso, el ciudadano que presentaba la denuncia tenía que comprometerse a probar el delito y la culpabilidad del acusado por consiguiente, quedaba vinculado al proceso y su identidad, tarde o temprano, podía ser conocida; en el segundo, no intervenía el denunciante en el proceso y carecía de obligación de probar el delito; su participación, por lo tanto, se limitaba a poner en conocimiento del juez el delito. En la práctica, secretamente comunicaba el denunciante el hecho a los alguaciles, al escribano o al propio magistrado.²² La pesquisa, en palabras de Francisco Tomás y Valiente, «era una diligente y legítima investigación que hacía de oficio el juez para inquirir y saber los delitos que se cometían y castigar a sus autores».²³

La frecuencia con la que se confinaba a los locos en las más tristes mazmorras pese a que eran reputados irresponsables por el «Código de las Siete Partidas, Tomo III, Séptima Partida, Título I, Ley IX», guarda correspondencia con el famosísimo refrán español «el loco, por la pena es cuerdo».

El último aspecto por comentar guarda relación con el suceso en el que don Quijote y su escudero, internándose en un paraje arbolado, dieron rienda suelta a Rocinante y éste, aprovechando tal circuns-

²¹ Esta irregular situación debió extenderse hasta después de 1790, fecha en que JEAN PAUL MARAT escribió su famoso *Plan de legislación criminal*. Sobre la posición del Amigo del Pueblo con relación a muchas de las características consignadas en el párrafo que dio ocasión a la elaboración de la presente nota cfr., las pp. 163 a 192 de la obra citada (Editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2000. Estudio Preliminar de MANUEL DE RIVACOBIA Y RIVACOBIA).

²² Cfr. JUAN SALA, *Sala Adicionado o Ilustración del Derecho español*, tomo II, Valencia, 1844, p. 150.

²³ *El Derecho penal de la monarquía absoluta (siglos XVI, XVII y XVIII)*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 157.

tancia, quiso alegrar su corazón o mejor aún, probar suerte con las jacas de los arrieros de la ciudad española de Soria que debieron pertenecer a la ringla de humanos que discute y pelea por quitarme esas pajas y que, sin compasión, aporrearon primero a Rocinante y, después, al mismísimo hidalgo manchego que, ingenua y desafortunadamente, intentó defender a su caballo. Reviste el pasaje descrito notabilísimo interés, pues da ocasión de ver, a la luz de la dogmática jurídico penal, que la actitud del enjuto caballero estaba cubierta por la legítima defensa de la integridad física del enteco Rocinante; los arrieros, por consiguiente, no hicieron uso de la defensa personal al verse acometidos por el desequilibrado hidalgo, ya que ni cabe legítima defensa contra la legítima defensa ni, en su caso, estado de necesidad defensivo. Si el orate hubiese tomado las armas de modo capitoso y para mermar la integridad física o la vida de los yangüeses, lo que en puridad procedería contra él sería estado de necesidad defensivo, puesto que no pueden rechazarse las agresiones de los locos de otro modo. Los arrieros, por su parte, estarían obligados a respetar los principios de proporcionalidad y subsidiariedad es decir, deberían haber ocasionado un daño leve, siempre que, además, no les hubiese sido posible apelar a otros medios para conjurar el peligro desatado por el noble hidalgo .

Si han de buscar los defensores de los derechos de los animales mentor en su causa, bien pueden encontrar en el carniseco caballero ejemplo vivo de cómo ha de defenderse al animal o animales no humanos que en infinidad de ocasiones y, diariamente, vienen siendo injustamente agredidos por los miembros de nuestra especie. Así las cosas, no es raro imaginar a nuestro héroe, lanza en ristre, acometiendo a toreros, galleros, cazadores por deporte,²⁴ transportistas de animales en condiciones de miseria y humillación e, incluso, a profesionales que sin rubor o remordimiento apelan impunemente a la vivisección amparados, sin razón, en una mal entendida adecuación social²⁵ o en la determinación culturalmente condicionada.²⁶

²⁴ Aunque el mismo lo fue, antes de enloquecer.

²⁵ Sobre la eximente en cita cfr. CARLOS MARÍA ROMEO CASABONA, *El Médico y el Derecho Penal*, I, *La actividad curativa (Licitud y responsabilidad penal)*, Casa Editorial Bosch, Barcelona, 1981, pp. 123 ss.

²⁶ Recogida en el artículo 15 del Código penal.



* Andrés Trapiello por Marco Antonio Panca Nina.

ÍNDICE DE SUMARIOS

REVISTA DE DERECHO

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y POLÍTICAS
UNIVERSIDAD CATOLICA DE SANTA MARÍA

Homenaje al Sr. Prof. Luis Velando Puertas

Año 4, núm. 4, Septiembre - 2009

SUMARIO

Palabras Preliminares.....	17
El maestro Luis Velando Puertas.....	19

1. DOCTRINA

Kelsen en París: Una ronda en torno al «Modelo Concentrado». DOMINGO GARCÍA BELAUNDE.....	27
Aborto: Reflexiones jurídicas y éticas en torno al Anteproyecto de Ley español. JUAN RAMÓN LACADENA.....	51
La influencia de Welzel y del finalismo, en general, en la Ciencia del Derecho penal española y en la de los países iberoamericanos. JOSÉ CEREZO MIR.....	73
En el centenario de la concepción normativa de la culpabilidad. JOSÉ LUIS GUZMÁN DÁLBORA.....	103

Interdisciplinas.

- El Principio de Precaución como criterio orientador y regulador de la bioseguridad.
SALVADOR DARÍO BERGEL..... 119
- La múltiple y única filosofía de Deleuze.
JUAN CARLOS VALDIVIA CANO..... 147
- El Derecho y la Felicidad
JAVIER RODRÍGUEZ VELARDE..... 161
- El Derecho a decidir (Acerca de la vida ajena)
RAMIRO DE VALDIVIA CANO..... 173

Opinión de nuestros estudiantes.

- Una huella de vida.
ROSA MARÍA VELÁSQUEZ ARENAS..... 183

II. CLÁSICOS PERUANOS

- Investigación de la paternidad.
ANTONIO MIRÓ QUESADA..... 191

III. PROYECTOS Y CÓDIGOS: TRAS LAS HUELLAS DE HAMMURABI

- Proyecto de Constitución para la República Peruana.
MANUEL LORENZO DE VIDAURRE..... 215

IV. RECENSIONES

- Alejandro Martínez Dhier, «El jurisconsulto granadino Manuel de Seijas (Hernández) Lozano, precursor de la codificación en España».
JULIO ARMAZA GALDOS..... 233
- Miguel Ángel Osorio, «Juicio por Jurados. Perspectivas actuales e históricas»
JORGE LUIS SALAS ARENAS..... 234
- David Hidalgo/Diego Fernández Stoll/Daniel Yovera/Cecilia Valenzuela «La Muerte Se Escribe Sola. Una Historia Basada En El Crimen De Challapampa».
JULIO ARMAZA GALDOS / EMILIO JOSÉ ARMAZA..... 237
- Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Penal.
EMILIO JOSÉ ARMAZA..... 238
- Eduardo Alcocer Pavis, «La inclusión del Enemigo en el Derecho Penal».
JULIO ARMAZA GALDOS..... 240

V. CRÓNICA DE LA FACULTAD

Iniciación del año lectivo 2009.....	251
Matrícula en la escuela de Derecho.....	251
Docentes del Programa Académico de Derecho.....	251
Personal administrativo.....	252
Conferencias.....	252
Cursos.....	252
Publicaciones de nuestros profesores.....	253
Obras en prensa.....	253
Información sobre profesores vinculados con la Facultad.....	254
Necrología.....	258

VI. MISCELÁNEA

Amatoria Forense	
BALTASAR H. MORALES.....	263
Testimonios personales y adhesiones.....	269

El núm. 5 de la *Revista de Derecho*, de la
Faculta de Ciencias Jurídicas y Políticas de la
Universidad Católica de Santa María se publicó
en los talleres de la Editorial Adrus en el mes
de noviembre del año 2011.